

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LA FRAUDE

DANS LES

TRANSFERTS DE DROITS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Présentée et soutenue le jeudi 1^{er} février 1923, à 3 heures

PAR

Pierre VIGNERON

Licencié ès lettres

Lauréat de la Faculté de droit de Paris (2^e mention)

Attaché au Parquet de la Seine

Président : M. RIPERT, professeur

*Suffragants : { MM. CAPITANT, professeur
MOREL, chargé de cours*

PARIS

JOUE & C^{ie}, ÉDITEURS

45, RUE RACINE, 45

1923

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LA FRAUDE

DANS LES

TRANSFERTS DE DROITS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Présentée et soutenue le jeudi 1^{er} février 1923, à 3 heures

PAR

Pierre VIGNERON

Licencié ès lettres
Lauréat de la Faculté de droit de Paris (2^e mention)
Attaché au Parquet de la Seine

Président : M. RIPERT, professeur

*Suffragants : { MM. CAPITANT, professeur
MOREL, chargé de cours*

PARIS

JOUVE & C^{ie}, ÉDITEURS

45, RUE RACINE, 45

1923

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses: ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



BIBLIOGRAPHIE

- Biville*. — Les conséquences de la mauvaise foi du second acquéreur d'un immeuble qui a transcrit son contrat le premier (Extrait de la Revue de Droit usuel).
- Boissonnade*. — Essai d'une explication nouvelle de la théorie de la transcription à l'occasion de la mauvaise foi en matière hypothécaire (Revue pratique, t. XXX).
- Flandin*. — De la transcription.
- Garsonnet*. — De la transcription et spécialement de la mauvaise foi de celui qui invoque le défaut de transcription (Revue pratique, t. XXXI).
- Grouber*. — De l'action paulienne en droit français contemporain. Thèse Paris, 1913.
- Huguener (Pierre)*. — Responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle. Thèse Dijon, 1910.
- Planiol*. — Revue critique de législation et de jurisprudence 1893. Du dol civil et du dol criminel.
- Rivière et Huguet*. — De la transcription.
- Verdier*. — De la transcription hypothécaire.

LA FRAUDE

DANS LES

TRANSFERTS DE DROITS

INTRODUCTION

L'idée de fraude n'est pas une idée nouvelle, c'est une idée vieille comme le monde. Elle a pour base principale le désir de l'homme d'accroître sa fortune et sa puissance d'action par tous les moyens en son pouvoir, fût-ce au préjudice d'autrui, et ce désir est de tous les temps et de tous les pays. La ruse et la fourberie ont toujours été de mode parmi les hommes et il n'est pas besoin d'être grand prophète pour prédire qu'elles le seront toujours. Les Grecs avaient l'esprit trop rusé et trop ingénieux pour s'abstenir de la fraude, les Romains étaient trop exercés aux discussions juridiques pour n'avoir pu trouver, à l'aide du raisonnement, des moyens d'éviter les entraves mises par la loi à leur liberté d'action, et nos anciens jurisconsultes nous rapportent dans leurs recueils bon nombre de stratagèmes imaginés et employés de leur temps pour tourner les dispositions gênantes des ordonnances royales, des Coutumes ou des Canons des Conciles.

De nos jours, la fraude n'a pas disparu, bien au contraire, elle est plus vivante, plus fréquente que jamais ; sa variété est sans limites, elle s'attaque à

toutes les lois, à toutes les transactions entre les particuliers : pas de dispositions légales qui ne soient contrecarrées par elle, pas de situations contractuelles qui ne soient bouleversées ou détruites par elle. Des praticiens peu scrupuleux, au service de clients d'une honnêteté douteuse, ont mis toute leur science et leur habileté, parfois très développées, il faut bien le reconnaître, dans la recherche du profit maximum, sans souci de la justice et de la probité. Il me semble par suite qu'il faudrait être d'une imprévoyance aveugle et d'un optimisme irraisonné pour croire que, demain, la fraude tendra à diminuer et finira par disparaître.

« Parmi les hommes, nous dit Chardon dans l'introduction de son *Traité du Dol et de la Fraude*, il s'en trouve toujours, qui, insensibles au cri de leur conscience, profitent de toutes les occasions de ravir la chose d'autrui ; plusieurs même ont le funeste talent de les faire naître. Pour eux, les lois ne sont que des obstacles à éviter, c'est en vain que, pour assurer à chacun ses droits et en assurer les mutations dans un ordre légitime, elles ont établi des prohibitions, des conditions, des incapacités. Ils rivalisent avec elles, et, par divers détours, cherchent les moyens de les braver avec l'apparence de la soumission ». Phrases qui, quoiqu'écrites en 1828, sont d'une actualité saisissante ! Elles s'appliquent à merveille à l'époque moderne où la soif du gain devient de jour en jour plus insatiable, où le sens de la loyauté tend à s'affaiblir, où, pour beaucoup, les mots de respect des lois et de la parole donnée, de conscience, de probité ne sont que de vieux mots, ne servant plus à qualifier que les personnes inactives, timides et peu hardies dans leurs entreprises, ne sachant pas « faire des affaires ».

Je ne me propose pas de rechercher les divers moyens de nature à rendre l'homme meilleur. Il appartient aux moralistes de proposer les méthodes les plus propres à développer le sens moral qui chez certains s'endort et s'étiolé. La morale et le droit sont des sciences différentes ; tout en ayant certains points de contact et en subissant réciproquement l'influence l'une de l'autre, elles ont chacune un champ d'action qui leur est propre ; aux éducateurs, nous laisserons le soin d'élaborer les mesures les plus adéquates à l'éducation de l'individu et à l'éducation des masses. Le juriste, au contraire, s'occupe de l'homme tel qu'il est : il l'étudie avec ses vices, ses imperfections, et cherche à en éviter les conséquences fâcheuses.

Même ainsi délimité, le rôle du juriste n'en est pas moins encore considérable. Il a à combattre de rudes adversaires, dont le cerveau toujours en éveil, est à l'affût de la moindre imperfection qui se glisse dans la loi ou dans les contrats. Pour les vaincre, le législateur et les magistrats des Cours et Tribunaux doivent unir leurs efforts. Le législateur, à qui incombe au premier chef le soin d'assurer le maintien de la paix publique et le bon ordre, de la sécurité dans les transactions entre les particuliers, ne peut se désintéresser de la fraude : éviter les occasions pouvant lui donner naissance, réprimer la fraude commise en en facilitant la preuve, en établissant des présomptions, en annulant les actes frauduleux, puiser, si besoin en est, dans l'arsenal des peines, les armes nécessaires, tels sont les devoirs du pouvoir législatif.

Le législateur français n'a pas manqué à sa tâche ; nombreuses sont les lois destinées à réprimer la fraude. Mais la loi suffit-elle pour atteindre ce but ?

Certainement non ! Tout d'abord, si bien étudiée soit-elle, si complète et si bien sanctionnée soit-elle, la loi ne peut tout prévoir ni tout régler : toujours il se présentera des cas particuliers imprévus dont les difficultés devront être tranchées par le juge. Mais surtout, le législateur est souvent impuissant contre la fraude, par suite de cette circonstance particulière, à savoir que ceux qui la pratiquent ne se mettent pas en conflit ouvert avec la loi, bien au contraire, ils cherchent dans la loi elle-même un appui et une excuse. Il est facile d'atteindre ceux qui violent ouvertement les dispositions légales ou la foi donnée dans les contrats : les condamnations, les saisies, les astreintes, les dommages-intérêts y suffisent. Il est beaucoup plus difficile au contraire de combattre ceux qui agissent de mauvaise foi sous le couvert de la loi, qui, tout en en altérant l'esprit, en respectent les termes, qui, à la critique d'immoralité, opposent l'argument de légalité. Seront-ils poursuivis en justice, se tournant vers leurs juges, ils leur diront : « De quel droit nous condamneriez-vous ? Tout ce que nous avons fait est permis. Rien d'illicite dans nos actes ! C'est vous qui commettriez un déni de justice et une violation de la loi en repoussant nos prétentions car nous avons pour nous le droit. »

Il ne faut pas se cacher que cette réplique est sérieuse, qu'elle est de nature à ébranler les plus farouches partisans de la répression et qu'elle mérite l'attention et la réflexion la plus soutenue. Pour le magistrat, à qui le problème est posé, la difficulté est grande. Va-t-il donner l'appui de ses décisions aux praticiens de la fraude, va-t-il les encourager en leur donnant raison ? Ou bien, au contraire, n'écoulant que le cri de sa conscience, va-t-il oublier que

son principal rôle et son premier devoir est l'application de la loi, qu'il ne juge pas « en équité » mais « en droit ». Dilemme difficile à résoudre : d'un côté, la justice ; de l'autre, le droit. Les deux choses sont-elles inconciliables ? C'est un aspect de ce problème qui sera posé dans cette étude.

* * *

Je ne me propose pas d'étudier toutes les fraudes qui peuvent être commises : ce serait un sujet trop vaste et qui dépasserait le cadre d'une thèse de doctorat. J'ai choisi simplement une variété de fraude que j'ai l'intention d'examiner en détail, et qui me permettra de déterminer quels sont les principaux caractères de la fraude et quels sont les principales mesures qui ont été prises par le législateur et par le juge pour sa répression.

Il me faut, par suite, préciser avec soin ce que l'on doit entendre par transfert de droits et quelles sont les conditions exigées pour qu'un acte puisse être qualifié de frauduleux.

Le transfert de droits est toute transmission d'un droit quelconque du patrimoine d'une personne dans celui d'une autre. Cette mutation peut avoir pour objet aussi bien des droits réels que personnels : la plupart des droits sont transmissibles, l'inaliénabilité est l'exception. Dans tout transfert, on se trouve nécessairement en présence de deux personnes : l'une qui cède, c'est l'auteur, l'aliénateur, le cédant ; l'autre qui acquiert, c'est l'ayant cause, le cessionnaire, l'acquéreur. La fraude dans les transferts est donc la fraude contre les acquéreurs. Dans la classification la plus exacte et la plus couramment employée des fraudes, fraude contre les tiers, fraude

à la loi, auxquelles on ajoute, depuis les lois récentes issues de la guerre, la fraude aux lois économiques plus communément connue sous le nom de spéculation, la fraude contre les acquéreurs n'est qu'une subdivision de la fraude contre les tiers. Celle-ci a particulièrement été étudiée dans l'hypothèse de la fraude contre les créanciers, fraude pratiquée déjà à l'époque romaine et dont la répression grâce à l'action paulienne a été admise à une époque inconnue mais qui est certainement antérieure à Cicéron. Pratiquée par les Romains, admise par nos anciens auteurs, l'action révocatoire des actes frauduleux commis par un débiteur a été recueillie par les rédacteurs de notre Code civil, qui l'ont mentionnée dans l'article 1167. C'est peut-être de toutes nos institutions juridiques la plus ancienne et celle qui a pu se maintenir à travers les siècles avec les modifications les plus minimes. Il n'est donc pas surprenant que la lumière projetée sur elle ait ébloui les yeux et n'ait pas permis d'apercevoir aussitôt les autres fraudes contre les tiers. On connaissait cette action de longue date, on l'invoquait fréquemment devant la justice, on appréciait à leur juste valeur les services considérables qu'elle rendait. Faut-il s'étonner alors qu'elle ait été considérée par beaucoup comme ayant une portée générale, et comme étant susceptible de réprimer la fraude contre les tiers quel que soit leur titre : fraude contre les tiers, fraude contre les créanciers, devenaient deux expressions synonymes.

Et cependant, après réflexion, il faut bien reconnaître que le mot tiers ne comprend pas seulement les créanciers, mais également les acquéreurs de droits : les acquéreurs peuvent aussi cumuler le rôle de créanciers, je ne le conteste pas, mais ce n'est pas avec cette qualité que je veux les considérer ; je

n'envisagerai que leur situation d'ayant cause. Les droits acquis peuvent être de nature variée : ce sont des droits réels, droit de propriété ou droits réels démembrés du droit de propriété, droits réels résultant des contrats accessoires de garantie (hypothèque, gage ou antichrèse) mais ce sont parfois aussi des droits de créance : droit personnel de jouissance sur une chose, droit d'acquérir la propriété d'un immeuble accordé au bénéficiaire d'une promesse de vente, droit de poursuite et de dispositions reconnu au cessionnaire d'une créance. Dans tous les cas il y a transmission d'un droit appartenant à une personne, à une autre personne : celle qui a transmis un droit peut-elle nuire par des actes frauduleux passés avec d'autres à celle qui a acquis le droit ? L'ayant cause peut-il subir une fraude de son auteur ? Tel est le problème posé. Un individu qui est devenu débiteur peut, par des actes frauduleux passés avec des tiers, nuire à ses créanciers, tout le monde l'admet, et, pour empêcher cette fraude, les tribunaux prononcent la nullité de ces actes en vertu de l'article 1167 du Code civil. Je laisse cette hypothèse de côté ; je veux examiner une autre hypothèse, assurément différente : un individu qui a acquis par transmission, par cession, à titre gratuit ou onéreux, un droit, que le cédant avait dans son patrimoine, peut-il être victime d'un acte passé postérieurement par son auteur, la fraude est-elle possible, si elle est possible, doit-elle être réprimée, si elle doit être réprimée, comment peut-on la réprimer ?

Je ne veux pas dire par là que le genre de fraude que j'examine ne puisse pas, comme certains l'ont soutenu, être évitée grâce à une extension de l'action Paulienne ; la question sera examinée et je ne veux pas anticiper, ni émettre dès maintenant un avis qui

puisse faire préjuger la solution. Mais, même au cas où cette opinion devrait être admise, il n'en resterait pas moins vrai que l'application qui en serait faite ne serait qu'une extension de cette action, ce n'est pas là son but propre, ce n'est pas pour la protection des acquéreurs qu'elle est instituée, mais pour la protection des créanciers. Tiers acquéreur, créancier, voilà deux qualités qu'il ne faut pas confondre, et qui, quoique parfois réunies sur la tête de la même personne, en vertu d'un contrat unique, doivent toujours être distinguées.

Il me reste à préciser la notion de la fraude pour avoir déterminé les deux données du problème. Dans le sens vulgaire du terme, le mot fraude désigne tout acte déloyal, toute tromperie, mais au sens juridique, il a une signification beaucoup plus étroite, qu'il faut rechercher avec soin, pour éviter dans la discussion toute équivoque et toute confusion. Il est très difficile d'ailleurs, de trouver dans les ouvrages des interprètes du droit, une définition de la fraude. Rares sont les auteurs qui se sont efforcés de la trouver. Selon celle donnée anciennement par Chardon, la fraude serait « l'art de braver les lois avec l'apparence de la soumission, de violer les traités en paraissant les exécuter, et de tromper, par l'extérieur des actes et des faits, sinon ceux qu'on dépouille, du moins les tribunaux dont ils pourraient invoquer la puissance ». Mais cette définition pompeuse explique le mot fraude tel qu'on l'emploie dans le langage courant, elle a le défaut de pouvoir s'appliquer à toute tromperie dans les contrats, elle peut embrasser bon nombre d'actes déloyaux qui ne doivent nullement être compris dans les cas de fraude au sens juridique du terme.

Tout d'abord il faut soigneusement distinguer le dol

de la fraude. Il résulte de l'article 1116 du Code civil, que le dol consiste en des manœuvres pratiquées par un contractant pour déterminer une personne à donner son consentement au contrat en l'induisant en erreur. Le dol n'a lieu que dans les contrats, il est dirigé contre une personne dont on désire obtenir le consentement à la convention que l'on cherche à conclure. La fraude, au contraire, n'aboutit pas à la conclusion d'un contrat, et à l'acquisition de nouveaux droits, elle tend à remédier à une situation établie ; alors que l'individu coupable de dol envisage l'avenir et manœuvre en ayant en vue ce qu'il peut acquérir, l'individu coupable de fraude envisage sa situation présente, telle qu'elle résulte des contrats qu'il a déjà passés ou des lois en vigueur, il manœuvre pour remédier à la situation défavorable dans laquelle il se trouve, pour échapper aux obligations résultant de ses engagements, pour éviter l'application d'une loi qui lui cause préjudice. Alors que le premier cherche à acquérir de nouveaux droits, le second cherche à se débarrasser de charges existantes. Se rend donc coupable de fraude celui qui s'efforce de se soustraire à l'application d'une loi qui devrait régulièrement le gouverner et qui l'oblige à certaines charges : d'une loi fiscale, d'une loi sur le service militaire par exemple, celui qui ayant contracté avec un tiers passe un nouveau contrat pour rendre inefficace le premier ou en amoindrir les effets, celui qui étant débiteur provoque ou aggrave son insolvabilité et rend par là même impossible le paiement de ses créanciers. Celui qui commet une fraude à la loi ne cause pas directement préjudice à une personne, seule la société et l'intérêt général en souffre. C'est ainsi que l'individu étranger qui a commis un crime en pays étranger et qui se fait naturaliser français

pour échapper à l'extradition commet une fraude à la loi ; que le ressortissant d'un Etat n'admettant pas le divorce, qui se fait naturaliser français uniquement pour rompre son mariage, commet également une fraude à la loi. La fraude n'est pas dirigée contre une personne déterminée, mais contre l'ordre établi. Au contraire la fraude pour échapper à une situation contractuelle, est dirigée contre une personne facile à déterminer ; la victime de la fraude est le tiers qui a conclu le contrat d'où résulte pour le fraudator des obligations auxquelles il cherche à échapper ; c'est un créancier ou un acquéreur ; aussi alors que l'on désigne le premier genre de fraude du nom de fraude à la loi, on qualifie le second du nom de fraude contre les tiers, parce que l'on aperçoit toujours très facilement le tiers à qui la fraude cause préjudice.

Mais la fraude quelle qu'elle soit n'en a pas moins des caractères généraux qui se retrouvent toujours. On pourrait la définir : « tout agissement permettant à une personne de se soustraire à certaines charges auxquelles elle est astreinte soit en vertu de la loi, soit en vertu d'un contrat. » Des règles spéciales gouvernent d'ailleurs la fraude à la loi et la fraude contre les tiers.

Je ne veux m'occuper désormais que de la fraude contre les tiers, et plus spécialement de la fraude contre les acquéreurs. Elle suppose nécessairement la conclusion d'un contrat, puisqu'elle a pour but d'échapper aux obligations naissant d'un contrat, et ce contrat crée des dettes et des créances, ou bien opère des transferts de droits, le plus souvent il est à la fois créateur d'obligations et translatif de droits. Il astreint le fraudator à certaines charges, il le rend débiteur, ou bien aliénateur et lui retire des droits pour les transporter dans le patrimoine d'autrui.

Ces charges sont sans doute compensées par des avantages, mais c'est uniquement ces charges qu'il importe d'examiner, car c'est à elles que le fraudator va chercher à se soustraire. Pour cela il s'efforcera de rendre le contrat qu'il a conclu inefficace : était-il simplement créateur d'obligations, il cherchera à rendre la créance que les tiers possèdent contre lui illusoire, l'exécution de sa dette impossible ; était-il translatif de droits, ses efforts tendront à ce que le transfert ne puisse pas s'opérer.

Quels seront les moyens employés par le fraudator pour atteindre son but ? Ils varieront suivant chaque cas particulier. On peut les ranger en trois catégories : les faits matériels, la simulation, la conclusion d'actes juridiques.

Tout d'abord les faits matériels : il y a certainement fraude à se soustraire à l'exécution d'un contrat valablement conclu, en commettant certains faits à la suite desquels l'exécution devient impossible soit matériellement, soit juridiquement. Impossible juridiquement, c'est l'hypothèse prévue par l'article 1178 du Code civil où un débiteur, obligé sous condition, empêche l'accomplissement de la condition ; impossible matériellement, c'est l'hypothèse prévue par l'article 1151 du Code civil, où un débiteur a rendu l'exécution de son obligation irréalisable, où celui qui s'est obligé de donner par exemple, détruit la chose qu'il s'est engagé à livrer. Je ne m'occuperai pas de ce genre de fraude. On a coutume de l'étudier avec les autres causes qui rendent les conventions impossibles à exécuter, et l'on a l'habitude de distinguer parmi ces causes : la faute, le dol et le cas fortuit. La fraude au moyen d'actes matériels est réprimée par des mesures trop étroitement liées avec les règles gouvernant l'exécu-

tion des conventions pour pouvoir faire l'objet d'une étude séparée. Lorsqu'on étudie l'inexécution des conventions, on distingue avec raison suivant que l'exécution est possible, l'inexécution n'ayant pour cause que la mauvaise volonté du débiteur (voies d'exécution), ou que l'exécution est devenue impossible (dommages intérêts), par suite d'une cause étrangère à la personne du débiteur (cas fortuit) ou par suite du fait du débiteur, fait qui peut avoir été commis sans intention de nuire (culpa) ou avec intention de nuire (dolus). Mais il y a dans le fait du débiteur rendant impossible l'exécution d'une convention non pas un cas de dol mais un cas de fraude, il est regrettable que les rédacteurs du Code civil aient commis cette erreur de terminologie dans l'article 1151, et que la doctrine ait continué à se servir de ce terme erroné. L'emploi du mot dol pour désigner des faits de fraude s'explique d'ailleurs facilement par les souvenirs du droit romain. Le mot dol avait alors une signification très large, et, d'après la définition de Labéon, approuvée par Ulpien, il embrassait *omnem calliditatem, fallaciam, machinationem, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum aliquem adhibitam* (1).

Le moyen employé par le fraudator peut être également la simulation. La simulation consiste à conclure un contrat apparent qui est annihilé ou tout au moins modifié par un contrat caché. C'est un moyen de tromper les tiers, qui, ignorant la contre-lettre restée secrète, agiront comme si le contrat apparent existait seul. C'est, par exemple, un débiteur qui vend un de ses immeubles pour éviter la saisie, mais il convient avec l'acquéreur que la vente

1. *Digeste*, IV, 3-2.

ne produira aucun effet, c'est un propriétaire, qui, désirant libérer son immeuble des hypothèques qui le grèvent, sans désintéresser intégralement les créanciers inscrits, le vend apparemment à un ami complaisant, qui pratiquera la purge, mais il est convenu qu'il n'y a là qu'un contrat fictif, et qu'il n'y aura pas changement de propriétaire. Parfois il y a bien un acte sérieux, mais il est déguisé sous un contrat d'une autre nature : une personne conclue une donation, mais elle présente cette donation sous la forme d'une vente, le prétendu acheteur reçoit quittance du prix, et n'ayant rien payé se trouve être un donataire et non un acheteur. Parfois encore, le déguisement n'est que partiel et ne porte que sur une ou plusieurs conditions du contrat : le prix de vente indiqué dans l'acte est inférieur à celui qui a été véritablement convenu entre les parties.

Il ne faut pas rechercher les différences qui existent entre la fraude et la simulation. Ce sont deux choses qui ne sont pas comparables parce qu'elles ne sont pas de même nature. La fraude est le but à atteindre, la simulation est le moyen employé. Mais la simulation n'a pas nécessairement pour conséquence la fraude contre les tiers, soit contre les créanciers, soit contre les acquéreurs ; celui qui conclut un acte simulé a souvent aussi en vue une fraude à la loi ; il veut éviter une nullité qui serait encourue si l'acte était fait sous sa vraie forme ; c'est un père, incapable de donner à son enfant adultérin, qui se sert d'une personne interposée, c'est un usurier qui cache un prêt usuraire sous la forme d'une vente à réméré.

La simulation ne constitue d'ailleurs pas toujours une fraude, elle constitue souvent aussi un dol : elle

peut avoir pour but de tromper des tiers avec qui on se propose de contracter ; c'est une personne qui hypothèque un immeuble qui ne lui appartient pas, en se servant d'un contrat de vente fictif, c'est un emprunteur qui s'assure un certain crédit sur les apparences d'une donation qui n'existe que sur le papier et qui ne doit jamais recevoir son exécution. Dans tous les cas, ce qui caractérise la simulation c'est l'existence d'un contrat purement apparent, qui cache un autre contrat réel et sérieux, d'une autre nature, ou bien qui est destiné uniquement à faire supposer l'existence d'un contrat alors qu'il n'y a eu conclusion d'aucun acte juridique. Mais par elle-même, la simulation ne constitue ni un dol ni une fraude, et c'est pourquoi tout le monde reconnaît qu'elle n'est pas une cause de nullité. La simulation est un instrument qui peut servir à des fins diverses, on ne peut la qualifier d'utile ou de nuisible, en elle-même elle ne cause préjudice à personne, c'est la manière de s'en servir qui la rendra dangereuse ; est-elle destinée à tromper un contractant, elle favorisera un dol, est-elle destinée au contraire à faire échapper aux obligations auxquelles on est lié en vertu d'un précédent contrat ou d'une loi, elle permettra une fraude. Peut-être même a-t-elle un motif avouable, car une personne peut fort bien avoir des raisons honnêtes de cacher aux tiers l'état de ses affaires, et les opérations auxquelles elle se livre.

La simulation n'étant qu'un moyen, la fraude et le dol un but, on pourrait concevoir une législation qui se désintéresserait du moyen employé et qui se préoccuperait uniquement du but de celui qui l'emploie, de même qu'une législation pourrait fort bien punir le vol, sans rechercher par quels moyens le voleur est parvenu à soustraire la chose d'autrui ;

la victime de la simulation aurait à sa disposition soit une action de dol, soit une action de fraude. Une personne a-t-elle conclu un contrat, sur les apparences trompeuses d'une convention simulée, elle pourrait, en démontrant le dol de la contre-partie, faire annuler le contrat qu'elle a passé, par l'action de dol. Au contraire une personne qui a déjà contracté, subit-elle préjudice d'un contrat fictif passé par son co-contractant, elle pourrait en obtenir l'annulation non pas parce qu'il est simulé, mais parce qu'il est frauduleux.

Ce n'est pas ce qu'a fait le législateur français ; la simulation est un moyen de tromperie tellement dangereux, si souvent employé, que des mesures spéciales sont souvent nécessaires pour la protection de ceux qui en sont victimes ; de plus, s'il existe dans notre droit positif une action générale de dol, qui permet l'annulation de tout contrat dolosif, quelle que soit la manœuvre employée, il n'y a pas d'action de fraude permettant l'annulation de tout contrat frauduleux, quel qu'il soit, quels qu'en soient les auteurs, quelles qu'en soient les victimes. Il était donc nécessaire que des dispositions spéciales régissent la simulation. Si en elle-même, elle n'a rien de contraire à l'ordre public, si elle n'est pas par elle-même une cause de nullité, il y a lieu cependant de prendre des mesures de précaution chaque fois qu'elle est de nature à réfléchir contre les tiers : les tiers seront de deux sortes : victimes d'un dol, ils auront contracté sur les apparences d'un contrat qui n'existe pas ou qui est autre qu'ils l'ont cru, ils ont intérêt au maintien du contrat apparent. Victimes de la fraude, ils subissent préjudice du contrat simulé qui n'est qu'un simulacre de contrat ou qui cache un contrat d'une autre nature, ils ont intérêt à la suppression du contrat

apparent. Aux uns et aux autres, la loi française donne pleine satisfaction : aux premiers, elle accorde le maintien de l'acte apparent, d'après l'article 1321 du Code civil, les contre lettres ne leur sont pas opposables ; aux seconds, elle permet de faire annuler le contrat simulé, de démontrer que le contrat qui leur cause préjudice n'existe pas ou qu'en réalité il est autre qu'il semble être.

Assurant le respect des droits acquis, l'action en déclaration de simulation devrait être comprise dans l'étude de la fraude. Et cependant je ne me propose pas de l'examiner ; envisager la simulation simplement en tant qu'instrument de fraude serait faire une étude décousue, incomplète, difficile à comprendre ; elle ne peut être examinée que dans son ensemble, toutes les règles qui la gouvernent sont trop étroitement liées entre elles pour pouvoir être envisagées séparément ; comment par exemple, pourrait-on examiner le conflit entre les tiers qui ont intérêt au maintien de l'acte frauduleux et ceux qui ont intérêt à son annulation, si l'on n'envisage la simulation que sous un de ses aspects ? J'ai seulement voulu indiquer le rôle que peut jouer la simulation dans la fraude, sans vouloir entreprendre de résoudre les divers problèmes qu'elle soulève.

Reste un troisième moyen de commettre une fraude : la conclusion d'actes juridiques réels et sérieux, et c'est celui-là même qui fera le principal objet de mon étude. La fraude est alors obtenue non par la conclusion d'un acte purement apparent, et qui, d'après l'intention des parties, ne doit jamais recevoir son exécution, mais par la conclusion d'un acte qui doit produire la plénitude de ses effets, qui créera des obligations, sera translatif de droits. Les deux moyens de fraudes sont tout à fait différents quoique ayant tous

deux le même but ; un débiteur par exemple, cherche à frustrer ses créanciers de leur gage : pour cela, il peut soit employer la simulation, faire une vente fictive, destinée à faire croire qu'il a cessé d'être propriétaire, afin d'éviter la saisie, soit conclure un acte frauduleux, faire une donation à un de ses amis et diminuer ainsi le gage de ses créanciers ; mais alors que la vente était fictive et qu'il demeurerait propriétaire, la donation lui enlève le droit de propriété, car il a eu l'intention de faire une libéralité et n'a pas entendu faire seulement un contrat apparent. L'acquéreur, de même que le créancier, peut être victime d'une fraude au moyen d'un contrat fictif ou d'un contrat sérieux : un vendeur peut conclure, au mépris des droits de l'acheteur, une seconde vente, soit simulée, soit réelle. L'action en déclaration de simulation permet à tout tiers, qui y a intérêt, créancier ou acquéreur, de faire considérer comme nul un contrat apparent qui lui cause préjudice. Peut-on de même faire annuler l'acte frauduleux réel et sérieux ? La fraude est-elle un vice du contrat ?

D'après l'article 1108 du Code civil, quatre conditions essentielles sont exigées pour la validité des conventions : le consentement des parties, la capacité de contracter, un objet certain, une cause licite. Il n'est pas fait mention de l'absence de fraude. Si donc le dol, viciant le consentement de la partie qui s'oblige, est une cause de nullité, la fraude ne semble pas devoir avoir d'influence sur la validité de la convention. Aucun texte général ne permet l'annulation des actes juridiques frauduleux. L'article 1167 permet la révocation des actes passés en fraude des droits des créanciers, mais c'est un cas de fraude tout à fait spécial, et on ne peut étendre ce texte à la fraude contre les acquéreurs et moins encore à la

fraude à la loi. Faut-il en conclure que l'on peut impunément échapper aux obligations auxquelles on est tenu en vertu de la loi ou en vertu d'un contrat translatif de droits, en concluant un acte juridique frauduleux ? L'acte frauduleux n'étant pas par là même illégal, doit-il être respecté, doit-il recevoir son exécution ?

Le droit romain de l'époque classique, de même que notre droit moderne, ne contenait pas de dispositions générales permettant l'annulation des actes frauduleux ; avec leur logique habituelle, les interprètes en avaient conclu qu'ils n'étaient pas annulables. Leur validité était expressément reconnue dans le cas de fraude à la loi, qui avait particulièrement attiré l'attention des jurisconsultes. Ceux-ci distinguaient l'acte contraire à la loi, de l'acte frauduleux, l'acte contraire à la loi étant celui qui viole ouvertement les dispositions légales, l'acte frauduleux étant celui qui, tout en respectant les termes de la loi, viole son esprit. En droit romain, seul l'acte contraire à la loi devait être annulé. Pour réprimer l'acte frauduleux, il fallait une mesure législative, et c'est ainsi que trois lois successives, relatives aux dispositions testamentaires, durent être promulguées, les lois *Furia testamentaria*, *Voconia* et *Falcidia*, pour éviter les fraudes dont les premières étaient l'objet. Quoique les jurisconsultes romains ne s'occupent que de la fraude à la loi, nul doute cependant que la validité des actes commis en fraude des droits des acquéreurs ne doive être reconnue, puisque l'action paulienne ne visait que les actes commis en fraude des droits des créanciers. Ce n'est que sous le Bas Empire qu'une constitution de Théodore et de Festus, annule tout acte frauduleux, même non prévu par une disposition spéciale de la loi.

Dans notre ancien droit, il n'existe aucune ordonnance ayant un caractère aussi général que la constitution de Théodore. La validité d'un contrat entaché de fraude aurait donc dû être admise. Il semble cependant que la fraude ait été considérée souvent comme un cas de nullité. C'est qu'alors toutes les règles juridiques, principalement celles relatives au droit civil, n'étaient pas contenues dans un texte précis, l'usage l'emportait sur la loi, et laissait aux interprètes plus de liberté pour introduire tout principe permettant de faire régner l'équité dans les contrats. Aussi admettait-on assez facilement la nullité des contrats frauduleux et Furgole écrivait au milieu du xviii^e siècle dans son Commentaire de l'ordonnance de Louis XV de février 1731 que « la fraude affecte essentiellement tous les contrats qui en sont compliqués. »

Le Code civil ne prononce nulle part la nullité des actes frauduleux. Il procède par voie de dispositions particulières, relatives à la simulation, à la fraude contre les créanciers. On doit conclure de là que les actes frauduleux ne sont pas nécessairement nuls ; s'ils ne sont pas visés par un texte spécial, leur validité est incontestable, à moins qu'ils soient atteints d'autres vices que du vice de fraude. Tout ce qui n'est pas défendu est permis, et il est impossible de considérer comme nulle une convention qu'aucun texte ne prohibe. L'article 6, il est vrai, condamne tous les contrats contraires aux bonnes mœurs, mais, de l'avis de tout le monde, il ne s'applique qu'aux conventions dont l'objet est immoral, ou dont la cause est immorale. Ce n'est pas ce qui a lieu pour l'acte frauduleux : c'est une vente d'immeubles, par exemple, dont l'objet, transmission du droit de propriété, ou la cause, acquisition d'un prix, n'ont rien de con-

traire aux bonnes mœurs. L'acte frauduleux n'est immoral que par ses conséquences.

Et cependant, de plus en plus, nos tribunaux annulent les contrats frauduleux ; de plus en plus, ils considèrent la fraude comme un vice du contrat, sans se soucier si l'espèce qui leur est soumise rentre dans un des cas spéciaux prévus par les textes, ne motivant leurs décisions que par la constatation de la fraude. Il y a là, il faut bien le reconnaître, une véritable méconnaissance des règles de notre droit. Comment vraisemblablement soutenir que les rédacteurs du Code civil aient omis de mentionner un vice du contrat aussi important que la fraude, comment expliquer qu'ils se soient préoccupés de la fraude contre les créanciers, s'il était vrai que toutes les fraudes quelles qu'elles soient, entachent les contrats et en entraînent la nullité ? On a essayé de valider cette jurisprudence en faisant de la nullité des actes frauduleux un principe de droit naturel, qui est au-dessus de la loi même, qui s'impose au juge comme au législateur, et dont les règles spéciales à certaines fraudes ne seraient que l'application. On s'est efforcé de donner au principe de la nullité de tout acte frauduleux, une apparence de vérité, en l'exprimant sous la forme d'un adage, *fraus omnia corrumpit*. Ce n'est là qu'une formule trompeuse. C'est au législateur qu'il appartient de s'inspirer des principes du droit naturel, de ne faire aucune loi qui y soit contraire, de les introduire dans la législation en vigueur, mais le juge n'a pas à en tenir compte, seul le droit positif doit régler sa conduite. Les tribunaux commettraient un véritable abus de pouvoir en voulant, sous prétexte de justice et d'équité, faire application de règles qui sont restées du domaine de la morale, et écarter l'exécution de lois en vigueur,

qui leur semblent conduire à des conséquences regrettables. Les magistrats mériteraient bien alors le reproche qui leur a été parfois adressé, d'être animés principalement par une sorte de « manie d'équité » et non par le souci de respecter la loi, et d'en assurer l'application.

Le juge, pour appliquer la loi, devra-t-il donc consacrer une injustice ? Si la loi ne permettait d'autre solution que la solution injuste, je n'hésiterais pas à l'admettre. Mais ce serait une législation bien imparfaite que celle dont les principes généraux n'assureraient pas toujours la protection des contractants honnêtes. Notre Code civil est suffisamment inspiré de l'équité et a fait une part assez large à l'idée de justice, pour que les magistrats français ne soient jamais placés dans l'alternative de juger contrairement à leur devoir ou contrairement à leur conscience. S'ils n'ont pas à leur disposition une action leur permettant d'annuler tout acte frauduleux, par ce seul motif qu'il est entaché de fraude, ils pourront, sans aucun doute, puiser, dans les dispositions de notre droit, les moyens propres à assurer le respect des droits acquis. Leur tâche, quoique plus difficile, n'en sera pas moins efficace. Ce sont donc les diverses actions qu'ont à leur disposition les acquéreurs pour combattre la fraude de leurs auteurs, qu'il importe de rechercher avec soin.

D'ailleurs, l'absence d'une action générale, permettant l'annulation de tout acte frauduleux, constitue-t-elle véritablement une lacune dans notre droit, son introduction dans notre législation serait-elle une réforme désirable ? Y a-t-il lieu de réprimer la fraude dans toutes les hypothèses ? La réponse est subordonnée à la question de l'immoralité de la fraude, l'acte frauduleux est-il toujours un

acte immoral, en quelle personne réside l'immoralité? La fraude au moyen d'un acte juridique nécessite toujours deux personnes : l'auteur de la fraude et un tiers qui contracte avec lui. Il semble, au premier abord, que l'auteur de la fraude commet toujours un acte immoral. Qui dit fraude, dit ordinairement manœuvre en vue de nuire. Il est bien certain que dans la plupart des cas, l'intention frauduleuse existera, presque toujours celui qui conclut un contrat lui permettant d'échapper aux obligations résultant d'une précédente convention, sait fort bien qu'il nuit au premier contractant. Mais il arrive parfois que quelqu'un ignore certaines obligations auxquelles il est tenu ; l'hypothèse, quoique rare, n'est pas cependant purement imaginaire : elle se présente parfois dans la pratique : c'est un héritier qui, ignorant les contrats passés par le défunt, conclut un nouveau contrat incompatible avec ceux du *de cujus* c'est un mandant qui, ignorant les actes faits par son mandataire, se met dans l'impossibilité de les exécuter. Il y a là des actes passés au mépris de droits déjà cédés, et il est regrettable que nous n'ayons aucun mot dans notre langue qui permette de qualifier cet acte, sans avoir nécessairement un sens péjoratif.

Quant à l'acte du tiers contractant, qui est en quelque sorte le complice du fraudator, il peut être immoral ou non. Le tiers peut traiter dans l'ignorance du précédent contrat, être de bonne foi et ne mériter aucun reproche. Ou bien, au contraire, il peut être un complice volontaire, s'associer à la fraude, dans ce cas, son acte devient immoral, immoralité qui est susceptible de degrés, et qui est plus ou moins grande suivant que sa participation à la fraude a été plus ou moins active. L'acte frauduleux peut donc être immoral soit en la personne de l'au-

teur de la fraude et du tiers contractant, soit en la personne de l'un d'entre eux seulement. Dans quels cas devra-t-il être annulé ? Une action générale permettant l'annulation de tout acte frauduleux ne pourrait avoir en vue que l'acte du fraudator. Destinée à réprimer toute manœuvre par laquelle une personne cherche à se soustraire à ses engagements, elle ne serait recevable que lorsqu'il y a eu manœuvre, et par suite, intention certaine d'agir en violation des droits déjà cédés, des contrats déjà conclus, efforts continus pour atteindre un but que l'on connaît et que l'on a savamment préparé : frustrer des créanciers ou des acquéreurs de leurs droits. Dirigés contre le fraudator, l'action de fraude ne pourrait atteindre que lui, elle ne l'atteindrait que lorsqu'il commet un acte blâmable. De même que l'action de dol nécessite pour sa recevabilité une manœuvre commise par le contractant et ne peut réprimer les manœuvres des tiers, de même, l'action de fraude nécessiterait une manœuvre blâmable de la part du fraudator, et ne pourrait être mise en œuvre contre les agissements, si coupables soient-ils, de tierces personnes.

On s'aperçoit aisément de l'importance tout à fait exceptionnelle de l'état d'esprit du fraudator, de l'intérêt secondaire de l'état d'esprit du tiers contractant, lorsqu'on examine l'action Paulienne, qui n'est en quelque sorte qu'une action de fraude ayant un champ d'action limité. Pour la recevabilité de l'action Paulienne, une des conditions primordiales, c'est la fraude du débiteur ; les juges devront rechercher avec soin s'il a eu l'intention de nuire à ses créanciers, ou tout au moins, s'il savait que l'acte qu'il conclut est susceptible d'aggraver son insolvabilité ou de la créer ; dans tous les cas, les juges ne pourront donner suite à la demande des créanciers

qu'après avoir reconnu que le débiteur en contractant a commis un acte immoral, un acte qu'un honnête homme, un « Bonus vir » tel que le comprenaient les Romains, se serait abstenu de conclure. Quant à l'état d'esprit des tiers contractants, souvent il est indifférent ; chaque fois qu'il s'agit d'une libéralité, la fraude du débiteur suffit, la bonne ou la mauvaise foi du tiers importe peu. Il est vrai qu'en ce qui concerne les actes à titre onéreux, les tiers ne peuvent être atteints que lorsqu'ils ont été complices de la fraude, ils sont à l'abri de l'action révocatoire chaque fois qu'ils ont contracté de bonne foi. Mais ce n'est là précisément qu'une limitation de l'action de fraude en vue de la protection des tiers. Et même quelques auteurs critiquent cette distinction entre les actes onéreux et les actes gratuits, et préconisent une action plus générale qui ne tiendrait plus compte de l'état d'esprit du tiers contractant, et qui n'aurait en vue que la répression du débiteur fraudator. Et c'est en effet la conséquence logique de l'action de fraude : si l'acte frauduleux est annulable, c'est qu'il est entaché d'un vice spécial : la fraude ; et ce vice est toujours identique quelque soit la bonne ou la mauvaise foi du tiers.

L'inutilité de la recherche de l'immoralité dans l'acte du tiers contractant est encore plus accentuée, si l'on examine la législation des faillites. On n'exige plus, pour l'action révocatoire des actes à titre onéreux, la complicité des tiers, mais simplement la connaissance de la cessation des paiements. Seront donc annulés, la vente faite à un tiers qui connaissait le mauvais état des affaires du vendeur, le paiement d'une dette légitime, fait à un créancier qui n'ignorait pas que son débiteur était dans l'obligation de déposer son bilan. Or, y a-t-il vraiment acte

immoral à acheter, au cours normal, des biens d'une personne que l'on sait être insolvable, à recevoir le paiement de ce qui vous est dû ? Et cependant le paiement, la vente, seront annulés alors même qu'il serait prouvé que le tiers n'a participé à aucune fraude.

Au contraire, lorsqu'il s'agit de la fraude contre les acquéreurs, les principes de notre droit français conduisent à une solution diamétralement opposée. La fraude n'étant réprimée par aucun texte, ne constituant par elle-même aucune invalidité, les agissements du fraudator ne peuvent être pris en considération en vue de l'annulation de l'acte frauduleux. Lorsque le tiers qui contracte est de bonne foi, le contrat sera donc parfaitement valable. Ce n'est que lorsqu'il se sera associé à la fraude, qu'il y aura lieu d'examiner s'il n'a pas engagé sa responsabilité personnelle. Sans doute toute personne est libre de contracter comme elle l'entend, avec qui elle le juge à propos ; mais tout acte, par cela même qu'il est librement conclu, engage la responsabilité de son auteur. La responsabilité de tout contractant sera double : responsabilité à l'égard du cocontractant, à raison de manœuvres dolosives, responsabilité à l'égard des tiers, particulièrement à l'égard des tiers ayant cause du cocontractant, par suite de la participation active à la fraude. Quand un contractant engage-t-il sa responsabilité vis-à-vis des tiers, comment cette responsabilité pourra-t-elle être mise en œuvre ? Ce sont là deux questions d'une importance capitale qu'il importera d'examiner avec soin.

Il ne faut pas croire, cependant, que l'auteur de la fraude, dans le cas où le tiers contractant sera de bonne foi, pourra impunément tirer profit de l'acte frauduleux dont il s'est rendu coupable. L'annulation

de l'acte entaché de fraude, qui serait de nature à porter atteinte au tiers de bonne foi, ne pourra être obtenue. Mais l'auteur de la fraude pourra être l'objet d'autres mesures, qui ne seront pas de nature à réfléchir contre le tiers contractant : action en dommages-intérêts, pénalité. Dans les cas particulièrement graves, l'ordre social étant troublé, le législateur a dû prononcer contre le coupable des sanctions pénales. Dans le cas de fraude d'une gravité moindre, la sanction civile des dommages-intérêts lui a paru suffisante.

C'est grâce à la combinaison de ces deux genres d'actions : action en responsabilité du tiers complice de la fraude d'une part, action civile en dommages-intérêts et action pénale d'autre part, que l'on pourra assurer la mise en pratique de ces deux principes d'équité : que tout acte immoral mérite une sanction, mais que seul le coupable doit être puni.

PREMIÈRE PARTIE

FRAUDE CONTRE LES ACQUÉREURS DU DROIT DE PROPRIÉTÉ

CHAPITRE PREMIER

FRAUDES DANS LES ALIÉNATIONS DE MEUBLES CORPORELS

Il y a lieu d'examiner successivement la fraude contre l'acheteur d'un meuble corporel au moyen d'une seconde vente, d'une donation, d'une mise en gage (1).

1. Il ne sera question dans ce chapitre que des meubles corporels : s'il s'agissait de meubles incorporels, on devrait appliquer les règles spéciales indiquées dans les articles 1689 et 1690 du Code civil, pour leur transmission. Il faut cependant excepter les titres au porteur qui, quoique constituant seulement la preuve d'un droit de créance et devant être rangés rationnellement dans la catégorie des meubles incorporels, se transmettent de la même manière que les meubles corporels. C'est qu'alors le droit est inséparable de sa preuve, et par suite est cédé avec le titre (au sens d'*instrumentum*) qui le constate et qui, lui, n'est qu'un objet matériel. A noter, cependant, que lorsqu'il s'agit de valeurs de bourse, la loi du 15 juin 1872 a posé quelques règles spéciales, dans le détail desquelles, je ne puis entrer.

§ 1. — Fraude contre l'acheteur d'un meuble corporel au moyen d'une seconde vente

Résumé. — 1. L'hypothèse. — 2. Comment s'opère en droit français le transfert de la propriété à la suite d'un contrat. — 3. Conflit entre deux acquéreurs successifs d'un même meuble corporel, l'article 1141 du Code civil. — 4. Explication d'après la doctrine du transfert des meubles par la tradition. — 5. Révocation de la seconde vente consentie à un acheteur de mauvaise foi en vertu de l'article 1167 du Code civil. — 6. Réfutation. — 7. Responsabilité civile du tiers complice de la fraude du vendeur et réparation en nature du préjudice causé. — 8. Réfutation. — 9. Explication d'après la doctrine du transfert des meubles corporels par la simple convention. — 10. La répression de la fraude d'après cette dernière doctrine, la règle générale. — 11. L'exception, ses limites. — 12. Motifs qui ont fait admettre cette exception.

1. L'hypothèse est facile à construire : un propriétaire vend un objet corporel qui lui appartient ; peut-il par une vente postérieure du même objet nuire à l'acheteur ? ce dernier va-t-il subir le contre coup d'un contrat passé en fraude de ses droits ? en cas de deux ventes successives, parmi les deux acheteurs, lequel préférer, lequel sacrifier ?

2. Il est utile de savoir comment se transfère le droit de propriété d'après notre législation actuelle. L'article 1138 du Code civil nous l'apprend : « l'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes, elle rend le créancier propriétaire... encore que la tradition n'en ait pas été faite. » Le seul consentement des parties suffit donc pour opérer le transfert de la propriété, le simple accord d'un propriétaire qui veut vendre et d'un tiers qui veut acheter aux mêmes conditions fait passer les droits du premier sur la chose aux mains du second. Plus besoin d'aucune formalité,

plus besoin même de tradition : la loi elle-même nous le dit. C'est le résultat d'une lente évolution commencée sous le Bas-Empire romain, continuée durant le moyen âge, terminée dès avant le Consulat, consacrée enfin dans plusieurs textes par les rédacteurs du Code civil : articles 1138 pour le transfert en général, 1583 pour la vente, 938 pour les donations.

3. En cas de ventes successives d'un même meuble corporel on devrait conclure que la première vente a dépouillé le vendeur de tout droit sur la chose vendue, que la seconde vente n'est que la vente de la chose d'autrui, nulle d'après l'article 1599 du Code civil. Ce serait logique ; et cependant ce n'est pas la solution qu'il faut admettre : c'est que nous avons pour résoudre la question un texte, l'article 1141 : d'après cet article pour trancher le conflit entre les deux acquéreurs d'un meuble corporel, il faut faire une distinction.

1° Le vendeur a-t-il au moment du contrat ou même postérieurement, livré l'objet vendu au premier acheteur, celui-ci est depuis cette livraison à l'abri de tout risque, aucun acte frauduleux ne peut désormais lui nuire. Le droit de propriété lui est acquis ; son vendeur s'est dépouillé de tout droit sur la chose, il n'a plus la possession, ni même la simple détention précaire. En vain désormais chercherait-il à nuire à l'acheteur par une seconde vente : ce dernier, acquéreur à titre particulier, ne subit les actes passés par son auteur relativement à la chose transmise que s'ils sont antérieurs à la transmission. Il est à remarquer que cette solution doit être admise même si le second acquéreur est de bonne foi : mais c'est qu'il a commis une grave imprudence ; il aurait dû se méfier d'un individu qui lui vend une chose qu'il n'a

plus entre les mains, prendre des renseignements, s'informer auprès de celui qui détenait l'objet, exiger la livraison immédiate qui le met à l'abri de tout danger et ne verser le prix fixé qu'après cette remise. D'ailleurs, s'il a payé, il pourra réclamer du vendeur la restitution du prix et même des dommages-intérêts spéciaux « s'il a ignoré que la chose fut à autrui » (art. 1599).

2° Un propriétaire a vendu deux fois un même meuble corporel, il l'a livré, mais au second acheteur : c'est alors qu'intervient l'article 1141. Si le second acheteur est de mauvaise foi, il ne peut acquérir la propriété, le premier pourra revendiquer sa chose. Si au contraire, il est de bonne foi, et s'il a été mis en possession réelle, « il est préféré et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date ».

4. Divers auteurs (1) en ont conclu que l'art. 1141 modifiait le principe posé par l'article 1138 et y apportait une grave exception. Si le second acheteur acquiert, dans certains cas, le droit de propriété, c'est donc que la première vente non suivie de tradition n'a pas opéré le transfert ; malgré cette vente, le propriétaire a gardé ses droits sur la chose, puisqu'il peut les transmettre ensuite à un tiers : « Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet. » C'est l'opinion de Troplong. « Si la vente des meubles est parfaite entre les parties par le consentement, si la propriété est transférée de droit à l'ac-

1. Citons entre autres : Toullier, t. VII, no 35 et 36; Troplong, *De la vente*, t. I, n° 42; Huc, *Commentaire du Code civil français*, t. VII, n° 125 et *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1864, t. XII, p. 286; Jourdan, *Thémis*, t. V, p. 487; Renaud, *Revue de législation et de jurisprudence*, 1845, t. II, p. 81 et 89; Hureaux, *Revue de droit français et étranger*, 1846, p. 772 et s.

quéreur, au regard du vendeur, par le seul effet du contrat (art. 1583) il n'en est pas de même à l'égard des tiers » (1). C'est aussi l'avis de Toullier qui pense que : « si la propriété des immeubles se transfère ou s'acquiert par le seul effet des conventions, il n'en n'est pas ainsi à l'égard des tiers, des choses mobilières. » (2) Le manque de stabilité des meubles corporels qui passent en un jour dans une foule de mains différentes, et la célérité qui préside habituellement à leur vente faite le plus souvent verbalement ou par des actes sous seings privés expliquent, selon lui, pourquoi la maxime que la propriété ne se transfère, au préjudice du droit des tiers, que par la tradition, a conservé sa force à leur égard. Duvergier (3) et Hureau (4) soutiennent la même thèse, et en tirent la conséquence suivante : que la saisie pratiquée sur des meubles corporels par le débiteur mais non encore livrés, ne peut être annulée comme faite, *super non dominum*.

Ceux qui soutiennent cette théorie invoquent à l'appui de leur thèse l'histoire de notre droit ; il n'est pas nécessaire de remonter au droit romain pour découvrir la nécessité de la tradition pour la transmission des meubles corporels, cette nécessité existait encore pendant la période immédiatement antérieure au Code civil. Pothier au milieu du xviii^e siècle enseignait que la tradition seule transfère la propriété des meubles. Il est vrai que pour les immeubles, différents expédients avaient été inventés pour remédier aux inconvénients d'une mise en possession effective ; la tradition fictive, grâce aux clauses de dessaisine saisine,

1. Troplong, *De la vente*, I, n° 42.

2. Toullier, t. VI, n° 205.

3. Duvergier, *De la vente*, I, 37.

4. *Revue de Droit français et étranger*, 1846, III, p. 776.

au constitut possessoire, s'était substituée à peu près partout à la tradition réelle. Mais ces biais, imaginés pour éviter une formalité gênante, ne prouvent-ils pas que le principe lui-même demeurait intact. De plus, ces expédients ont été imaginés pour la délivrance des immeubles, mais non des meubles.

Qu'a fait le Code civil ? Un bouleversement général a-t-il été opéré dans les modes de transfert de la propriété ? Il n'a fait que continuer la pratique ancienne : s'il avait décidé que la propriété se transmettrait *erga omnes* par le seul consentement c'eût été une révolution dans notre droit. Or l'article 1138 est passé à peu près inaperçu dans la discussion et n'a provoqué aucune opposition un peu vive. C'est donc que les rédacteurs n'entendaient pas proposer un principe nouveau, mais seulement maintenir et continuer l'ancien droit : sur ce point, ils ne doivent pas nous apparaître comme des novateurs. Ils décidèrent que, entre les parties, la tradition fictive ne sera plus nécessaire, mais, vis-à-vis des tiers, lorsqu'auparavant la tradition fictive n'était pas suffisante à elle seule, lorsqu'on exigeait la tradition réelle, le consentement n'aura pas pouvoir d'opérer le transfert. C'est ce qui a lieu pour les meubles qui auparavant ne pouvaient être transmis que par la tradition réelle. Le Code a supprimé la tradition fictive, cette institution étant de pur formalisme, sans aucune utilité, mais la tradition réelle, qui, dans les cas où elle était obligatoire, avait une utilité évidente et indiscutable, a été maintenue.

De plus, dit-on, l'article 1583 qui déclare que la vente est parfaite entre les parties dès qu'on est convenu de la chose et du prix, prouve que vis-à-vis des tiers, une formalité spéciale doit être remplie. La transcription nécessaire pour transférer les droits

immobiliers fournit un puissant argument d'analogie. Ne serait-il pas contradictoire d'établir une publicité pour les immeubles qui ne passent pas fréquemment d'un patrimoine dans un autre, qui ne font pas l'objet d'opérations nécessitant une célérité bien grande, sur l'origine desquels par suite l'acquéreur peut prendre des renseignements tout à son aise, et de ne pas exiger une publicité semblable pour les meubles qui circulent de mains en mains, qui font l'objet de transactions commerciales nombreuses et rapides ? La tradition est en matière de meubles ce qu'est la transcription en matière d'immeubles : pourquoi n'exigerait-on pas une publicité pour les transmissions mobilières et l'imposerait-on pour les transmissions immobilières ? Il n'y en a aucune bonne raison.

Le législateur ne peut être accusé de cette contradiction. La publicité a été établie pour toutes les transmissions, qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles, seulement la publicité est différente : pour les immeubles, on exige une copie de l'acte translatif sur des registres, pour les meubles cette formalité ne pouvait avoir lieu, ceux-ci n'ayant pas une stabilité suffisante pour permettre d'établir des registres dans un lieu déterminé, on a donc eu recours à un autre procédé ; on a décidé que les meubles ne se transmettraient aux regards des tiers que par la tradition réelle, solution qui avait été déjà admise par le droit romain et par notre droit coutumier.

La transcription des aliénations d'immeubles, répondra-t-on, a été abandonnée par le Code civil, et par suite, il y avait similitude entre le transfert des meubles et des immeubles. Mais on peut répliquer que, en admettant même que les rédacteurs du Code civil aient entendu supprimer les dispositions de la

loi de brumaire de l'an VII (ce que de bons auteurs ont contesté en se prévalant de nombreux textes du Code, article 2180 qui ne fait commencer la prescription de l'hypothèque au profit de l'acquéreur de l'immeuble que du jour où son titre d'acquisition a été transcrit, article 2181 qui fait de la transcription la première formalité à remplir par l'acquéreur qui veut purger les hypothèques, article 2198 et suivants qui établissent la responsabilité du conservateur des hypothèques) en admettant même que la formalité, de la transcription ait été considérée comme purement facultative, par les rédacteurs de notre Code, il faut bien remarquer que ce n'est qu'une courte lacune de notre législation, vite comblée par le Code de procédure qui exige la transcription pour le transfert des immeubles à l'égard des créanciers hypothécaires, par la loi du 23 mars 1855 qui la rend nécessaire à l'égard des autres tiers. Prétendrait-on qu'il n'y a pas contradiction entre les transmissions de meubles et d'immeubles sous l'empire du Code civil, on serait bien obligé de convenir que cette contradiction apparaît à partir du 1^{er} janvier 1856. Tout au contraire, si l'on adopte la théorie de la tradition-transfert, on ne peut qu'admirer la symétrie de notre droit, l'ensemble parfait que présentent nos institutions ; la convention permet la transmission des biens, meubles ou immeubles, entre les parties, vis-à-vis des tiers, il est nécessaire d'effectuer une publicité appropriée, destinée à les avertir de la mutation. Raisons historiques, juridiques et pratiques concourent à nous persuader que la tradition est nécessaire en vue d'opérer le transfert des meubles corporels à l'égard des tiers.

L'article 1141 du Code civil s'explique ainsi sans difficulté : l'objet mobilier a-t-il été livré au premier

acheteur, dans ce cas, la propriété lui est acquise, *erga omnes*, le vendeur est dépouillé de tout droit sur la chose vendue, une seconde vente ne peut nuire au premier acheteur ; au contraire, l'objet mobilier a-t-il été livré au second, la seule convention n'a pu suffire à faire acquérir la propriété à l'égard des tiers à celui qui a traité le premier, le second acquéreur peut encore passer un contrat valable avec le vendeur relativement à la chose vendue, et la livraison de la chose le rendra pleinement propriétaire à l'égard de tous, même à l'égard du premier acheteur. Cependant l'article 1141 admet une restriction : « pourvu toutefois que sa possession soit de bonne foi. » Il faut nécessairement en conclure qu'au cas où le second acheteur serait de mauvaise foi, le premier serait préféré. Ce tempérament ne constitue-t-il pas un écueil contre lequel vient se briser toute cette doctrine ? Ceux qui croient à l'existence dans notre droit actuel du transfert des meubles corporels par la tradition, ne considèrent pas cet obstacle comme insurmontable. Il n'y a pas là, disent-ils, un cas où la règle ne s'applique pas. Seule la tradition est susceptible de faire passer le droit de propriété du patrimoine d'une personne dans celui d'une autre, ce principe ne souffre pas d'exception, et nous en concluons par suite que la propriété est acquise à l'acquéreur de mauvaise foi qui a obtenu la délivrance. Mais on ne peut maintenir cet acte contraire à la plus stricte équité ; en en détruisant les effets, l'article 1141 n'a fait qu'une stricte application d'actions spéciales que le Code civil met à notre disposition. Il y a perte de la propriété acquise mais non impossibilité d'acquérir.

Deux systèmes différents ont été soutenus : nullité de la seconde vente en vertu de l'action pau-

lienne, responsabilité civile du second acheteur vis-à-vis du premier et réparation en nature du tort causé, selon l'article 1382 du Code civil.

5. Les partisans du premier système raisonnent ainsi : pour rendre inefficace à son égard la seconde vente passée au mépris de ses droits, le premier acheteur a la possibilité d'agir par l'action paulienne. La vente n'a pu le rendre propriétaire ; elle le rend tout au moins créancier : il aura donc les droits d'un créancier, et parmi eux le droit qu'a tout créancier de faire annuler les actes frauduleux passés par son débiteur. Cette seconde vente n'est-elle pas un acte frauduleux ? Et toutes les conditions nécessaires à l'action révocatoire ne sont-elles pas pleinement remplies ? Le préjudice, il est évident et indéniable, la fraude, elle résulte de la connaissance qu'a le vendeur de la première vente consentie par lui et du préjudice qu'il cause ; la complicité de fraude, nous l'avons admise puisque nous supposons le possesseur de mauvaise foi. Le premier acheteur a donc qualité pour intenter l'action paulienne. Grâce à elle, il obtiendra l'annulation de la vente frauduleuse et pourra, en vertu de son contrat, exiger la livraison de la chose qui, à son égard, sera considérée comme étant toujours dans le patrimoine du vendeur.

6. Cette thèse est assurément séduisante au premier abord, mais elle peut être facilement réfutée ; en effet, l'action paulienne exige l'insolvabilité du débiteur, c'est en cela que consiste le préjudice du créancier. Or, nous n'avons pas supposé que le vendeur était insolvable. Il peut se faire, au contraire, qu'il soit capable de désintéresser le premier acquéreur au moyen d'une indemnité pécuniaire. De quel droit celui-ci pourra-t-il se prévaloir pour user de

l'action paulienne, n'ayant plus d'intérêt comme créancier ? Aucun arrêt n'admet cette action si l'insolvabilité n'est pas prouvée, insolvabilité sinon complète, assimilable à la déconfiture, tout au moins insolvabilité appréciée en considération des biens facilement saisissables.

On objecterait vainement que l'insolvabilité doit s'apprécier, *in specie*, eu égard au gage spécial du créancier, que ce gage, disparaissant ou devenant insuffisant, il y a insolvabilité, relative sans doute, mais insolvabilité suffisante cependant pour permettre au créancier à gage déterminé de faire annuler les actes qui ont diminué son gage. Tout d'abord rien dans les textes n'autorise à apprécier l'insolvabilité du débiteur de cette manière pour permettre la révocabilité de ses actes frauduleux, aucun article de notre code n'accorde au créancier une semblable sanction : l'article 1188 du Code civil permet seulement au créancier dont les sûretés ont été diminuées par le fait du débiteur d'exiger l'exécution immédiate de sa créance à terme et l'article 2131 autorise le créancier hypothécaire dont la garantie réelle est devenue insuffisante à opter entre le remboursement de ce qui lui est dû, ou la réclamation d'un supplément d'hypothèque, pouvant porter même sur les biens à venir. Mais nulle part la loi ne parle de l'annulation des actes du débiteur ayant eu pour effet la diminution des sûretés spéciales du créancier.

Et d'autre part, si large qu'ait été la jurisprudence dans l'appréciation de l'insolvabilité du débiteur pour la recevabilité de l'action paulienne, jamais elle n'a admis l'interprétation que l'on propose. Selon elle, il faut qu'il n'existe plus dans le patrimoine du débiteur assez de biens saisissables par les créan-

ciers pour les désintéresser intégralement (1). Mais il faut bien remarquer que lorsqu'un bien déterminé est affecté à la garantie d'une créance, le gage du créancier muni de cette sûreté n'est pas réduit à ce bien; en vertu de l'article 2092 du Code civil, il porte sur tous les biens du débiteur, meubles et immeubles, présents ou à venir, car le créancier cumule les deux rôles de créancier gagiste, hypothécaire ou privilégié et de créancier purement chirographaire.

Et même, dans l'hypothèse examinée, est-il bien

1. Cassation, 26 pluviôse de l'an XI S. chr; Bastia, 26 mai 1834. S. 35.2.27; Bastia, 11 mai 1841. D. Rép. V. *Obligations*, n° 965; Agen, 13 janvier 1845. D. 45.2.78; Agen, 3 février 1885. S. 86.2.31; Grenoble, 3 février 1842. D. 42.2.142; Paris, 24 décembre 1880. D. 81.2.203; Orléans, 11 novembre 1891. *Pandectes fr.* 92.2.269. Cass., 8 mars 1854. S. 54.1.684 et D. 54.1.191. Req., 25 juin 1895. S. 99.1.491 et D. 95.1.486; Req., 22 juillet 1902. S. 07.1.316; Req., 2 janvier 1843. S. 43.1.114. Tous les arrêts exigent comme condition de recevabilité de l'action paulienne l'insolvabilité du débiteur. Ils diffèrent seulement sur le point de savoir si cette insolvabilité doit exister au moment même de l'acte prétendu frauduleux ou seulement au moment où le créancier engage l'instance pour obtenir son annulation. Tout au plus peut-on citer quelques arrêts n'exigeant pas l'insolvabilité du débiteur, et accordant l'action révocatoire au créancier lorsque le patrimoine du débiteur est composé de biens litigieux ou situés à l'étranger (Req., 22 juillet 1835). Ces arrêts ne sont pas contraires à la jurisprudence établie, et ne détruisent pas le principe suivant lequel le tiers qui a traité avec le débiteur et qui est poursuivi par le créancier en vertu de l'article 1167 du Code civil peut exiger auparavant la discussion des meubles et des immeubles du débiteur, car des biens litigieux ou situés à l'étranger ne constituent pas, soit en raison de l'incertitude du gage, soit en raison de la difficulté des poursuites, un élément d'actif appréciable.

La doctrine est également en ce sens. Voir Toullier, t. VI, n°s 344 à 347; Delvincourt, t. II, p. 526; Proudhon, t. V, n° 2400; Duranton, t. X, n° 572; Zachariæ, édit. Aubry et Rau, t. II, p. 342 et note 8; Marcadé, art. 1167, n° 2; Boileux, art. 1167, p. 420; Larombière, sur l'article 1167, n° 17.

exact de prétendre que le premier acquéreur évincé par un second acheteur de mauvaise foi, est créancier à gage spécial du vendeur ? Nullement. Il a simplement une action en garantie contre le vendeur, action purement chirographaire qui n'est accompagnée d'aucune sûreté réelle. De deux choses l'une : ou bien le premier acheteur est propriétaire malgré la seconde vente passée en fraude de ses droits, et alors muni d'un droit réel, il agira par la revendication ; ou bien la simple vente non suivie de tradition n'a pu le rendre propriétaire, mais seulement créancier, et alors il ne peut avoir aucun droit réel sur le meuble, il se présentera comme dépourvu de sûreté spéciale et ne pourra avoir que les droits des créanciers chirographaires. Il n'y a pas de moyen terme ; on ne peut combiner les solutions d'une doctrine avec les résultats d'une autre. Puisque d'après les partisans de la thèse que je critique, la seconde vente lorsqu'elle a été suivie de tradition est valable, même consentie à un individu de mauvaise foi, que dans ce cas elle a besoin d'être annulée au moyen d'une action spéciale, comment peut-on prétendre qu'avant que cette action ait produit ses effets le premier acheteur ait sur la chose qui rentrera plus tard dans le patrimoine du vendeur, un droit spécial ? Ce n'est qu'après l'exercice de l'action paulienne que le créancier peut avoir un droit propre sur l'objet recouvré mais non avant, puisque ce droit n'en est que la conséquence. L'effet ne peut être antérieur à la cause.

Si l'on admettait que la tradition est nécessaire pour transférer la propriété des meubles corporels, que cette tradition produit ses effets même au cas où le second acheteur qui reçoit livraison est de mauvaise foi, mais qu'alors son contrat est détruit grâce

à l'action paulienne, ce serait, il faut l'avouer, une singulière action paulienne dont le but et les conditions d'exercice seraient différents et qui n'aurait de commun avec l'action paulienne véritable que le nom qu'on lui prête.

7. Le deuxième système permettant d'expliquer que le second acheteur de mauvaise foi ne demeure pas en possession de la chose malgré la tradition faite a été soutenu principalement par M. Huc (1). Il consiste à voir dans l'article 1141 une application du principe de transfert par la tradition des meubles corporels vis-à-vis des tiers et, en cas de mauvaise foi du second acheteur mis en possession réelle, de l'article 1382 du Code civil qui oblige tout individu à réparer le tort qu'il cause sans droit à autrui. Par son fait, le second acheteur qui, connaissant la première vente, cherche par des manœuvres dolosives à se faire consentir une seconde vente, et s'empresse de se faire livrer aussitôt l'objet vendu, cause au premier acheteur un préjudice évident. Il doit réparation et cette réparation a lieu en nature : elle consiste à remettre le meuble, objet du litige, entre les mains du premier acquéreur. S'il est vrai de dire qu'ordinairement la réparation du tort causé au prochain se fait au moyen de dommages-intérêts, consiste en une indemnité pécuniaire, c'est que dans la plupart des cas une réparation de cette nature est seule possible, mais le texte du Code ne défend pas une réparation plus directe et plus efficace lorsque cette réparation n'exige pas un fait personnel du débiteur et qu'elle ne contrevient pas à la règle *nemo precise cogi potest ad factum*. C'est ce qui a lieu dans notre hypothèse : le second acheteur de mau-

1. Huc, *Commentaire du Code civil*, t. VII, n° 124 et suiv. et *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, t. XII.

vaise foi sera tenu vis-à-vis du premier d'une obligation de donner, et l'exécution de cette obligation peut être obtenue par tous les moyens, par des astreintes et au besoin *manu militari*.

Les partisans de cette doctrine sont amenés tout naturellement à rechercher quel est le fait qui pourra engendrer la responsabilité civile. La simple connaissance de la première aliénation suffira-t-elle ? Il semble difficile de l'admettre : nulle part le Code ne considère l'achat de la chose d'autrui comme un délit. Ce n'est pas un acte contraire au droit : c'est tirer profit d'une négligence commise par une personne, c'est faire preuve de plus d'activité et de prévoyance qu'elle, mais ces agissements peuvent tout au plus être réprouvés par la morale, et non par le droit. Or, selon la formule de Paul, qui est encore exacte dans notre législation : « *Nemo damnum facit, nisi qui id facit quod facere jus non habet.* » Que faudra-t-il donc ? Une fraude bien établie, un rôle actif joué par le second acheteur, des démarches entreprises par lui pour obtenir la passation du contrat, des manœuvres dolosives lui permettant d'avoir la préférence sur le premier acheteur, de retarder la livraison de la chose au profit de celui-ci, afin de la recevoir avant lui. Dans ces cas, il y aura bien fait du second acheteur, dont il devra répondre. C'est la thèse soutenue par M. Huc : « La simple connaissance que le second acheteur aurait eu n'importe comment, dit-il, du fait de la première vente suffit-elle pour constituer la fraude caractérisée que le législateur doit réprimer ? La négative est certaine en ce qui concerne les aliénations immobilières... Pourquoi en serait-il autrement pour les meubles ? » (1)

1. Huc, *Commentaire du Code civil*, t. VII n° 126.

Il est nécessaire de noter encore une conséquence importante que M. Huc et ses partisans tirent de leur doctrine : c'est au point de vue de l'interprétation du mot « tiers » : puisque la propriété des meubles corporels n'est transmise vis-à-vis des tiers que par la tradition, il faut déterminer exactement quels sont ceux qui peuvent être qualifiés par ce terme, et qui, par suite, peuvent se prévaloir du défaut de tradition. Selon ces auteurs, la tradition est une mesure de publicité, imposée par les meubles corporels, analogue à la transcription ; de là cette conséquence : de même que la transcription n'est pas requise à l'égard des créanciers ordinaires du vendeur, de même il faut décider qu'à leur égard et en fait de meubles la tradition réelle n'est pas requise. Seul pourra se prévaloir du défaut de tradition, le tiers acquéreur qui se sera lui-même soumis aux règles de la publicité.

8. Cette thèse présente deux graves défauts : 1° Elle est contraire au texte de la loi ; 2° elle n'est pas conforme aux décisions de la jurisprudence.

Tout d'abord elle est contraire au texte même de la loi : en effet pour que cette doctrine soit exacte, il faut décider, comme l'on fait ceux qui l'ont émise, que la simple connaissance qu'a le second acheteur de la première vente, ne le fait pas considérer en état de mauvaise foi. Une telle distinction entre la simple connaissance et la fraude est-elle possible d'après le Code civil ? Je ne le crois pas. L'expression « la bonne foi » se rencontre très fréquemment dans le Code et se prend dans deux acceptions différentes : on doit suivant les cas lui donner l'une ou l'autre. Dans son premier sens, elle désigne l'équité, en tant que celle-ci doit présider à l'interprétation et à l'exécution des conventions, d'après la commune

intention des parties : c'est dans ce sens que l'on doit comprendre l'expression dans les art. 1134 qui décide que les conventions doivent être exécutées de bonne foi et 1869 d'après lequel la dissolution d'une société peut s'opérer par la volonté de l'une des parties notifiée à tous ses co-associés, pourvu que cette renonciation soit de bonne foi. Dans sa seconde acception, l'expression « la bonne foi » désigne l'opinion erronée d'une personne qui croit agir dans l'exercice de son droit, en accomplissant un acte de nature à entraîner des conséquences juridiques. C'est dans ce sens que doit être entendue l'expression de « bonne foi » dans l'article 1141. Est-il vraisemblable que, pour l'application de cet article, la connaissance de l'obstacle, qui empêche l'acte conclu de produire son plein et entier effet ou du vice qui affecte sa validité, ne détruise pas la bonne foi des parties, et que, dans l'application de tous les autres articles du Code, et ils sont nombreux, où cette même expression se trouve insérée, cette connaissance suffise à constituer les parties en état de mauvaise foi. Personne cependant ne conteste que, pour qu'un mariage nul produise ses effets, il faut que les époux ou tout au moins l'un deux ignore au moment de la célébration l'empêchement dirimant qui existait au mariage (art. 201 et 202), que, pour que celui qui possède un immeuble en vertu d'un juste titre perçoive les fruits et les fasse siens, il faut qu'il ignore le vice qui affecte son titre et qui l'empêche d'acquérir la propriété (art. 549-550), que de même pour user de la prescription abrégée de dix à vingt ans, il faut que le possesseur ignore que le bien qu'il possède n'est pas à lui (art. 2265), que, pour qu'un propriétaire ne puisse pas exiger la démolition des constructions élevées par un tiers

sur son fonds, il faut que ce tiers au moment où il a entrepris les travaux ignore que le fond ne lui appartient pas (art. 555). On pourrait multiplier les exemples (1). Dans tous les cas, une personne n'est de bonne foi que lorsqu'elle n'a pas eu connaissance de la circonstance qui l'empêchait de contracter valablement, c'est cette fausse croyance en la légalité de la convention qu'elle a consentie qui constitue sa bonne foi. Au contraire elle sera de mauvaise foi lorsqu'elle aura eu connaissance de cette cause d'invalidité, point n'est besoin d'aucune fraude, d'aucune manœuvre dolosive commise par elle. Et si l'on avait encore quelques doutes sur le sens que le Code attribue à ces mots « la bonne foi », on n'aurait pour les dissiper qu'à lire l'article 550 dont la clarté et la précision ne peuvent laisser subsister aucune incertitude : « le possesseur est de bonne foi quand il possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices. Il cesse d'être de bonne foi, du moment où ces vices lui sont connus. » Peut-on raisonnablement admettre que l'article 1141 seul fasse exception à une règle aussi générale et aussi formellement exprimée, sans que les rédacteurs du Code y fassent la moindre allusion ?

Quant à l'interprétation du mot tiers par analogie avec le sens que lui donne la loi de 1855, n'est-ce pas là une extension hardie que ne justifie aucunement la loi ? Pourquoi se servir pour la détermination du mot tiers de la loi de 1855 plutôt que de l'article 941 du Code civil ? Si l'on voulait être logique, et établir une symétrie parfaite entre les aliénations de meubles et d'immeubles, on devrait décider que,

1. Voir particulièrement les articles 138-1238-2009 et 1935.

dans les aliénations de meubles de même que dans les aliénations d'immeubles, le mot tiers ne comprend pas les mêmes personnes suivant qu'il s'agit d'aliénations à titre onéreux ou à titre gratuit. S'il était juste de décider comme le fait M. Huc qu'en cas de vente de meubles corporels, la tradition n'est pas nécessaire pour rendre l'aliénation parfaite vis-à-vis des créanciers chirographaires, ne devrait-on pas, par contre, décider qu'en cas de donation de meubles corporels, la libéralité ne deviendra opposable à ces mêmes créanciers que par la tradition ? Mais si ces distinctions doivent être faites lorsque la transmission porte sur des immeubles, c'est que nous avons des textes différents donnant des solutions différentes. Il n'en est pas de même pour les meubles. Un seul texte peut permettre de supposer que la tradition soit nécessaire à l'égard des tiers, l'article 1141 ; or cet article ne distingue pas entre les libéralités et les actes à titre onéreux, bien au contraire, il assimile les deux opérations : « la chose qu'on s'est obligée de donner ou de livrer. » Dira-t-on alors que le texte doit être appliqué restrictivement, que l'on doit n'exiger la tradition à l'égard des tiers que pour l'hypothèse prévue par le Code, c'est-à-dire à l'égard des acquéreurs. Mais alors la symétrie que l'on voulait établir entre les aliénations mobilières et immobilières disparaît.

L'opinion suivant laquelle l'article 1141 doit être interprété par l'article 1382 est donc contraire à la loi sur deux points d'une importance capitale : signification de l'expression « la bonne foi », détermination des personnes pouvant être qualifiées de tiers. J'ai dit aussi qu'elle n'était pas conforme aux décisions de la jurisprudence : les tribunaux ont eu à statuer principalement dans l'hypothèse d'une

saisie pratiquée par les créanciers sur des meubles déjà vendus par le débiteur, mais non encore livrés.

L'acheteur prétendait que la vente étant parfaite par le seul consentement, suivant l'article 1138, il était seul propriétaire et que le créancier ne pouvait saisir des biens n'appartenant pas à son débiteur et sur lesquels il ne jouissait d'aucun droit de suite ; le créancier au contraire soutenait que, d'après l'article 1141, la tradition est nécessaire pour transférer la propriété des meubles à l'égard des tiers, que, par suite, les meubles saisis étant toujours en la possession de son débiteur, il pouvait considérer la vente comme non avenue. D'où litige et procès. Par arrêt du 8 août 1838 (1) (Broutin contre Hallier) la Cour d'appel d'Orléans déclara que notre ancien droit n'est d'aucune utilité pour trancher la difficulté, « que si l'ancienne jurisprudence fondée sur la loi 20, du Code, *de pactis*, exigeait la tradition réelle, ces principes ont été changés par les articles 1136-1138 et 1583 du Code civil, qui ne font dépendre la validité des ventes que du consentement des parties sans s'occuper de la tradition réelle. » Quelque temps plus tard, la même question se posa devant le tribunal d'Arras qui annula la saisie de meubles corporels vendus, mais restés en la possession de l'acheteur, comme faite *super non dominum*. Sur appel, la Cour de Douai, le 26 février 1840 (2) adopta les motifs des premiers juges et confirma le jugement. Même procès et à la suite même jugement rendu par le tribunal de Bourges le 25 janvier 1841. La Cour de cassation (3) enfin eut l'occasion de donner son avis sur la question

1. Dalloz. J. G. *Vente*, n° 178-2°.

2. Dalloz, 1841. 2. 162.

3. Dalloz, 1842. 2. 50.

en 1845 ; elle confirma la jurisprudence des tribunaux civils et des cours d'appel.

Il est vrai que dans tous ces procès, il s'agit de savoir si la tradition est nécessaire pour le transfert de la propriété des meubles vis-à-vis des créanciers et non vis-à-vis des tiers acquéreurs, mais s'il n'existe pas de jurisprudence relativement à des affaires où des acquéreurs sont en jeu, c'est simplement parce que dans le cas de deux acquéreurs successifs, il ne peut y avoir de différend susceptible d'être déféré aux tribunaux, la loi elle-même dans l'article 1141 a donné la solution à adopter et les interprètes sont en désaccord non pas sur son application pratique mais sur son explication doctrinale (1).

9. En face de l'insuffisance des explications relatives à l'article 1141 fournies par les partisans de la tradition-transfert, la grande majorité des auteurs modernes se sont groupés pour défendre la doctrine opposée tendant à faire admettre le transfert conventionnel des meubles *erga omnes*, et je crois que le succès de cette thèse est légitime. C'est là seule qui puisse procurer une explication rationnelle.

L'article 1138 du Code civil pose un principe général, il ne distingue pas entre les meubles et les immeubles, entre les effets de la convention entre les parties ou à l'égard des tiers. Les rédacteurs de notre Code civil ont admis le transfert des immeubles,

1. Les décisions sur la question de l'opposabilité de la vente des meubles corporels aux créanciers saisissants sont toutes en ce sens. Elles sont très nombreuses et je n'ai mentionné que celles qui ne peuvent avoir été influencées par des circonstances spéciales de la cause. A citer également : Bruxelles, 2^e Ch., 6 juillet 1833, affaire Deraedt contre Van Housen ; Bourges, 7 août 1843, affaire Gatineau contre Brunet ; Douai, 5 février 1848, affaire Humbert. D. 49. 3. 42.

erga omnes, par le seul consentement, les travaux préparatoires et l'histoire de la confection du Code en font foi ; les quelques textes que l'on cite pour soutenir l'opinion contraire s'expliquent suffisamment par la rédaction primitive du projet qui comportait la transcription, et ce ne sont que des traces que l'on a laissé subsister par suite d'un oubli. Pourquoi le Code Napoléon aurait-il admis une solution différente pour les meubles ? Il n'y a d'ailleurs aucune contradiction à admettre, du jour où la transcription est devenue obligatoire pour les immeubles, une publicité pour les aliénations d'immeubles et non pour les aliénations de meubles corporels. La difficulté d'établir une publicité satisfaisante pour les meubles ne présentant pas une stabilité suffisante, le peu de valeur de la plupart d'entre eux en sont la raison déterminante. Mais il faut remarquer que le législateur a su remédier au fur et à mesure du développement de la fortune mobilière à ce défaut de publicité et, pour les meubles présentant une valeur importante, a ordonné, pour leur transfert, une publicité spéciale : les brevets d'invention, les navires, les fonds de commerce, les titres nominatifs. Mais les meubles dont le législateur ne s'est pas préoccupé sont restés sous l'empire du droit commun : absence de publicité.

Pour que le changement de propriété des meubles ne soit pas effectué à l'égard des tiers par l'effet du contrat, il faudrait un texte spécial, et ce texte n'existe pas. L'article 1583 du Code civil qui, par ses termes « la vente est parfaite entre les parties dès qu'on est convenu de la chose et du prix », semble donner raison aux partisans du transfert conventionnel entre les parties et du transfert solennel vis-à-vis des tiers n'est pas un argument bien sérieux.

Nous savons, en effet, le motif exact de la restriction qui résulte des mots « entre les parties ». Les rédacteurs du Code civil pensaient aux aliénations d'immeubles et la question si débattue du maintien ou de la suppression de la transcription, telle qu'elle avait été établie par la loi de brumaire de l'an VII, n'était pas encore tranchée : par suite, ils ne voulaient pas poser dans le chapitre « de la vente » un principe trop général, et ont fait une réserve pour le transfert de la propriété vis-à-vis des tiers, réserve inutile sans doute sous l'empire du Code civil lorsque la transcription fut repoussée comme une gêne sans utilité, mais qui a repris toute sa signification un peu plus tard pour la vente des navires, des brevets d'invention et des immeubles dont la transmission n'a d'effet vis-à-vis des tiers que par une mutation en douane pour les navires (art. 195 du Code de commerce), un enregistrement à la préfecture pour les brevets d'invention (art. 21 de la loi du 5 juillet 1843), une transcription sur les registres du conservateur des hypothèques pour les immeubles (loi du 23 mars 1855).

Le maintien du second acheteur en possession de la chose qu'il a reçue de bonne foi n'est pas contraire au principe du transfert conventionnel, *erga omnes*, et s'explique aisément : ce n'est que l'application de l'article 2279 du Code civil, et la meilleure preuve en est que si l'article 1141 était supprimé, nous admettrions encore, pour les transferts de meubles corporels, les mêmes solutions. Supposons pour un instant l'article 1141 abrogé. Que se passera-t-il en cas d'une seconde vente suivie de livraison à une personne de bonne foi ? Le premier acheteur, propriétaire de la chose, intentera une action en revendication contre le possesseur, mais ce dernier repoussera sa demande

en lui opposant l'article 2279 : il a en effet toutes les conditions voulues pour le faire : le juste titre, la vente conclue le lui constitue, la bonne foi, nous l'avons supposée par hypothèse. Il a la possession, au sens juridique du terme, et sur cette possession la loi établit à son profit une présomption de propriété, présomption fautive sans doute dans le cas spécial envisagé, mais présomption irréfutable qui ne peut être détruite par la preuve contraire (1). Ou bien, suivant l'explication fournie par d'autres auteurs (2), cette possession, qui a toutes les qualités requises pour la prescription, fait acquérir, à celui qui en jouit, la propriété par l'effet d'une usucapion qui s'opère instantanément sans exiger aucun laps de temps.

La thèse adverse peut-elle au moins s'appuyer sur la tradition historique? Celle-ci n'est pas d'un grand recours pour trancher la difficulté. Bien au contraire, elle ne peut qu'induire en erreur, car le principe du contrat translatif par lui-même de droit réel n'a pas été admis de tout temps. J'ai déjà dit que c'était le résultat d'une lente évolution réalisée à une époque difficile à préciser, et les principes romains ont gouverné la plus grande partie de notre ancien droit en cette matière. Faut-il alors être surpris que Pothier enseigne que le vendeur reste propriétaire tant que la tradition n'a pas été faite? Assurément non, puisque c'était là le système général appliqué de son temps aussi bien pour

1. En ce sens : Delvincourt, II, 2^e partie, p. 644 ; Duranton, XXI, 97 ; Troplong, II, 1052 ; Marcadé, sur les articles 2279 et 2280, n° 3 ; Zachariæ, 5215, textes et notes 2 et 3 ; Aubry et Rau, 5^e édit., t. II, 5183, p. 144 ; Planiol, t. I, n° 2496 ; Requêtes, 4 juillet 1816, S. 1818.1.166 ; Bordeaux, 17 mai 1831, S. 31. 2. 287 ; Rouen, 23 juillet 1845, S. 1846. 2. 104.

2. Marcadé, sur les articles 2279 et 2280, n° 1 et Demolombe, IX, n° 622.

les immeubles que pour les meubles. Mais ce n'est plus le système adopté par les rédacteurs du Code civil : les travaux préparatoires ne peuvent laisser subsister aucun doute à cet égard. Bigot de Préameneu, dans l'exposé des motifs, après avoir généralisé l'application du transfert conventionnel, nous apprend que seules « la bonne foi de l'acquéreur, la nécessité de maintenir la circulation libre des objets mobiliers, la difficulté de les suivre et de les reconnaître dans les mains des tierces personnes, ont dû faire donner la préférence à celui qui est en possession, quoiqu'il y ait un titre antérieur au sien » et le rapporteur du Tribunat Favard est encore plus explicite : « le principe est fondé sur ce que les meubles n'ont pas de suite et sont sensés appartenir à celui qui les possède, s'il n'est pas prouvé que sa possession est de mauvaise foi. » Est-il possible d'exprimer de façon plus expresse que l'article 1141 est fondé uniquement sur la maxime « en fait de meubles, la possession vaut titre » ? (1).

10. Connaissant sur quel principe juridique repose l'article 1141, il reste à étudier les conséquences que l'on peut tirer de cet examen au point de vue de la répression de la fraude. Comment cette répression est-elle assurée ? Il y a une règle générale d'après laquelle l'acte passé en fraude des droits déjà acquis ne produit pas d'effets, et une exception à cette règle, le cas de livraison à un acquéreur de bonne foi. Voyons d'abord la règle.

1. C'est l'opinion de la grande majorité des auteurs ; Duranton, t. X, n° 431 ; Rivière, *Revue de législation*, 1851, t. III, p. 311 ; Marcadé, t. IV sur l'art. 1141, n° 1 ; Larombière, *Des obligations*, I, 1141, n° 18 ; Colmet de Santerre, V, 57 bis, III ; Demolombe, XXIV, 467 à 469 ; Laurent, XVI, 363 à 370 ; Demante, t. II, p. 573 ; Aubry et Rau, II, § 174 ; Planiol, t. I, n° 2598.

J'ai dit répression de la fraude, il eût mieux valu parler d'inefficacité de la fraude. Il y a lieu en effet de dire que dans le cas de ventes successives de meubles corporels, sous réserve de l'hypothèse d'un second acquéreur en possession réelle et de bonne foi, il y a fraude impossible. Fraude impossible en effet, par suite de l'application des principes généraux de notre droit civil : le vendeur a bien eu l'intention frauduleuse, il a agi au mépris des droits qu'il a transmis à autrui, il a voulu faire obtenir le meuble dont il n'a plus la propriété à un second acheteur, un de ses amis, qu'il préfère au premier ; pour réaliser cette intention, rien n'a été négligé : une vente a été conclue, le prix a été fixé, payé peut-être, un écrit a été dressé pour servir de preuve indiscutable, l'objet a même été livré. Et malgré tout cela, la fraude manque son effet. Quelle en est la raison ? A-t-on eu besoin de faire un texte exprès pour réprimer la fraude, de créer une action spéciale pour obtenir la révocation de cet acte frauduleux ? Nullement. Le droit commun suffit. La vente, même non suivie de tradition a permis de faire acquérir la propriété au premier acheteur. Titulaire d'un droit réel, celui-ci a désormais un titre opposable à tout le monde, car c'est la caractéristique du droit réel, d'établir un rapport d'obligation entre celui qui le possède d'une part, et toutes les autres personnes de l'autre. Il est un tiers pour les actes passés par le vendeur postérieurement à la conclusion de la vente : peu lui importe donc les conventions formées trop tard pour lui nuire, elles ne lui seront pas opposables. Telle est la conséquence naturelle de la doctrine de la convention opérant transfert *erga omnes*, que j'ai admise comme seule exacte. Les principes de notre droit sur le transfert de la propriété suffisent

à prémunir un acquéreur contre la fraude, il ne faut pas aller chercher ailleurs des institutions juridiques qui s'appliqueraient mal au but que l'on recherche et qui seraient gravement dénaturées si on les faisait sortir du cadre dans lequel elles doivent normalement s'appliquer.

11. Telle est l'explication de la règle générale. J'ai indiqué une exception où la fraude est possible : c'est le cas du second acquéreur en possession réelle et de bonne foi. D'après l'article 1141, il sera préféré quoique son titre soit de date postérieure. Il importe d'établir nettement les limites de cette exception et d'en rechercher les motifs. Deux conditions sont nécessaires : 1^o que l'acquéreur soit en possession réelle ; 2^o que sa possession soit de bonne foi.

Par les mots « possession réelle » le Code civil désigne un déplacement matériel de la chose, ou tout au moins un changement dans la disposition même des choses, tel qu'il ne puisse se comprendre que par le transfert des droits de propriété, tel que celui qui a la chose à sa disposition se présente comme le propriétaire apparent et que, si quelqu'un réclame l'objet, il occupe nécessairement le rôle de défendeur à la revendication. L'on est donc bien loin du sens juridique du mot possession tel qu'on l'emploie en matière d'usucapion. On admet alors sans difficulté que la possession peut exister *corpore alieno*, seul l'*animus domini* doit exister en la personne même du possesseur. Pour qu'un acquéreur, premier en date ou second, car selon la loi il n'y a pas lieu de distinguer, ne soit pas évincé, on ne peut se contenter d'une notion aussi large. Lorsque la chose est laissée à titre de location ou de prêt à usage entre les mains du vendeur, l'acheteur a bien la possession au sens où ce mot est pris en matière

d'usucapion mais c'est non une possession réelle, mais une possession fictive, insuffisante pour le prémunir contre un abus de confiance de son vendeur et une seconde vente, suivie d'exécution, à un tiers de bonne foi. Ceux qui croient que la tradition est nécessaire au transfert des meubles vis-à-vis des tiers, qu'elle joue un rôle analogue à la transcription, prétendent que le constitut possessoire ne suffit pas à conférer au premier acheteur la possession, parce qu'il n'y a pas publicité effective : le vendeur qui reste en contact avec la chose vendue, malgré l'intervention du titre en vertu duquel il agit, semble au regard des tiers être toujours le vrai propriétaire. Suivant les deux doctrines en présence le critérium de la possession réelle diffère : les uns se posent la question : la tradition a-t-elle été suffisante pour avertir les tiers du transfert ? Les autres celle-ci : la tradition est-elle suffisante pour permettre à l'acheteur de réclamer, au procès s'élevant relativement à la propriété, le rôle de défendeur ? En pratique, ce sera une question de fait appréciée souverainement par les juges du fonds. Les arrêts sont très nombreux à ce sujet : qu'il me suffise de dire que nos tribunaux se montrent fort larges pour considérer la tradition comme effectuée en faveur du premier acheteur : n'est-ce pas là une méthode très énergique pour réprimer la fraude contre les acquéreurs de meubles corporels et pour leur rendre inopposables les actes passés par leur auteur en fraude de leurs droits ?

Il ne faut pas seulement que le second acheteur soit en possession réelle pour être préféré au premier, il faut encore qu'il soit de bonne foi, c'est-à-dire qu'il ignore le défaut de droit en la personne de son vendeur, qu'il soit convaincu que celui-ci est plein propriétaire de la chose qu'il lui livre. La ques-

tion primordiale qui se pose au sujet de la bonne foi, est celle de savoir à quel moment elle doit exister. Deux époques peuvent être prises en considération, et cette dualité a donné naissance à deux thèses qui ont l'une et l'autre obtenu les suffrages de divers auteurs. Certains (1) pensent que la bonne foi n'est nécessaire qu'au moment du contrat d'acquisition et se fondent pour établir leur affirmation sur l'art. 2269 du Code civil. Ils étendent par analogie la solution adoptée en matière de prescription. Mais cette extension me semble inexacte. En matière d'usucapion, il ne pouvait en être autrement, on ne pouvait pas choisir d'autre époque : l'acquisition et le commencement de la possession ne sont pas deux dates différentes, les deux moments se confondent : la possession commence dès l'acquisition ; ainsi l'acquéreur d'un immeuble, qui le laisse aux mains de son vendeur à titre de bail est bien possesseur dès le jour du contrat, et commencerait à usucaper contre le vrai propriétaire si l'immeuble vendu était la propriété d'autrui. Il n'en est pas de même pour la possession réelle, dont parle l'article 1141, qui exige un acte matériel fait par l'acheteur sur la chose à titre de propriétaire, une prise de possession effective ; aussi je crois plus exacte la thèse d'après laquelle la bonne foi doit exister non seulement au moment du contrat, mais encore au moment de cette prise de possession de la chose (2). Sans attacher un sens exagéré à la valeur des mots, je pense que l'on peut invoquer

1. Parmi ces auteurs, il faut citer tout particulièrement Larombière, t. I, art. 1141, n° 6.

2. C'est la thèse soutenue par Demolombe, t. I, n° 475 ; Laurent, t. XVI, n° 368 ; de Folleville, *Possession des meubles*, n° 29, *Revue pratique*, 1868, t. XXVI, p. 122 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n° 411.

en faveur de cette doctrine les termes mêmes de l'article 1141 : « pourvu que cette possession soit de bonne foi. » Peut-on vraiment considérer qu'il y a possession de bonne foi, lorsqu'au moment de la mainmise sur la chose, par conséquent au moment où débute la possession réelle, l'acquéreur a pleine connaissance de l'aliénation déjà consentie ? Si en matière d'usucapion il suffit que la bonne foi ait existé au moment de l'acquisition, c'est que dès cette date, la possession commence ; la possession réelle, de l'article 1141, ne commençant que plus tard, la bonne foi doit encore se prolonger jusque-là : mais peu importe ensuite que, la possession réelle commencée, la bonne foi cesse ; n'eût-elle existé que quelques instants, elle couvre le possesseur et le préserve de la revendication.

Admettrait-on les mêmes solutions si l'article 1141 n'était qu'une application de l'action paulienne ? On ne pourrait certainement pas évincer le second acheteur qui a conclu la vente de bonne foi, mais qui ensuite a appris la première aliénation avant la réception de la chose. Que peut-on annuler en vertu de l'action paulienne ? La vente, acte juridique, et non la possession, simple situation de fait. Or l'action révocatoire n'est recevable contre un acquéreur à titre onéreux que s'il est complice de la fraude, et, dans notre hypothèse, le second acheteur, étant de bonne foi au moment du contrat, ne peut donc être qualifié de *consciens fraudis*, et ne peut être évincé quoique de mauvaise foi au commencement de la possession réelle. Il en est de même d'après les partisans de l'explication de l'article 1141 par l'art. 1382 : pourvu qu'il soit de bonne foi au moment du contrat, le second acheteur demeure propriétaire, car on ne peut le considérer comme coupable d'un délit,

parce qu'il s'est fait livrer une chose qu'il a achetée de bonne foi, mais qu'il a su ensuite avoir été vendue auparavant. Il semble bien que la bonne foi au moment du contrat de vente doive le mettre à l'abri de toute action en nullité. D'ailleurs j'ai déjà indiqué avec quelle facilité les défenseurs de cette doctrine admettent la bonne foi, reconnue par eux, même au cas de simple connaissance de la première aliénation.

Reste à savoir qui supportera le poids de la preuve. Tout le monde s'accorde à dire que la bonne foi est toujours présumée ; c'est un principe général de notre droit. C'est à l'acquéreur revendiquant qu'incombera cette charge ; deux choses devront être prouvées par lui pour réussir dans sa demande : l'antériorité de son titre, la mauvaise foi du possesseur.

12. Mais pourquoi a-t-on admis une exception à la règle générale basée sur les principes fondamentaux de notre droit en matière de transfert de la propriété ? Cette question se pose inévitablement à l'esprit. La règle générale rend la fraude contre un acquéreur impossible. Il semble que le mieux eût été de n'introduire aucune exception. Si l'on n'a pas appliqué la règle rigoureusement, sans y apporter aucune dérogation, c'est que l'application sans réserves des principes du droit eut conduit aux conséquences les plus fâcheuses : *summum jus, summa injuria*. Si en fait de meubles, la possession ne valait pas titre, aucune fraude contre un premier acquéreur ne serait possible, il est vrai, mais le dol aurait le champ libre et pourrait se pratiquer aisément. Pouvons-nous en effet refuser notre crédit à un commerçant qui s'offre de nous livrer immédiatement la marchandise qu'il nous vend ? Pouvons-nous contrôler son honnêteté

et les mérites qu'il a à notre confiance ? Dupés souvent par des affirmations trompeuses, nous serions victimes de notre crédulité trop facile. Un tiers, premier acquéreur, se présenterait et nous ravirait le fruit de notre achat, nous laissant pour toute ressource un recours en garantie illusoire par suite de l'impossibilité de retrouver la trace du vendeur, ou par suite de son insolvabilité. Quel serait celui d'entre nous qui serait assez téméraire pour acheter un meuble d'une certaine valeur dans des conditions aussi périlleuses et aléatoires ? Supprimer les règles de l'article 2279 serait supprimer toute possibilité de faire le commerce.

De plus les meubles n'ont pas une individualité aussi marquée que les immeubles, ils n'ont pas des caractères propres tels qu'on puisse les reconnaître de tous les autres de même nature. Un immeuble ne peut être confondu avec un autre immeuble, il pourra toujours être distingué : deux maisons fussent-elles construites sur le même plan, par le même architecte, avec des matériaux identiques, ne pourront jamais être confondues l'une avec l'autre ; l'emplacement les différencie. Il n'en est pas de même des meubles. Beaucoup de choses mobilières sont fabriquées en série sur le même modèle, et ne diffèrent par aucune marque. Comment le propriétaire qui revendique pourra-t-il par exemple prouver que la voiture qu'il prétend lui appartenir est bien sa voiture et non une voiture construite par le même industriel, que la statuette qu'il réclame est bien sa statuette et non une autre statuette coulée dans le même moule, avec le même métal, que le livre qu'il prétend sien n'est pas un autre livre de la même édition ? Le revendiquant prouvera peut-être que le possesseur a acheté la

voiture, la statuette ou le livre qui font l'objet du litige après que le vendeur lui eut déjà consenti la vente de choses semblables, mais y a-t-il impossibilité à ce que le vendeur fut propriétaire de deux voitures, de deux statuettes, de deux livres, en tous points identiques, étant donné surtout que le vendeur sera dans la plupart des cas un marchand vendant des choses de même nature et fongibles entre elles ? Bonne foi de l'acquéreur, nécessité de maintenir la circulation libre des objets mobiliers, difficulté de les suivre et de les reconnaître dans la main des tierces personnes, telles sont les raisons qui ont fait admettre l'article 1141 du Code civil et ces raisons sont toujours vraies.

§ 2. — Fraude contre l'acheteur d'un meuble corporel au moyen d'une donation

Résumé. — 13. Conflit entre un acheteur et un donataire, solution à adopter. — 14. Conséquence contraire déduite de l'explication de l'article 1141 par l'action paulienne.

13. J'ai supposé jusqu'ici une fraude contre un acheteur au moyen d'une seconde vente. J'envisage maintenant la fraude contre un acheteur au moyen d'une donation. J'aurai peu de chose à en dire, les règles du transfert de la propriété étant les mêmes, qu'il s'agisse d'un transfert à la suite d'un contrat à titre onéreux ou à titre gratuit. On doit donc encore ici appliquer l'article 1141 et dire que l'acheteur doit être toujours préféré, si ce n'est au cas où le donataire sera en possession réelle et de bonne foi. Il peut cependant nous sembler étrange qu'un donataire qui n'a pas fourni une valeur en échange de la chose reçue soit préféré parfois à un acheteur qui, lui, a versé un

prix en argent. Cette absence de distinction entre l'acquéreur à titre gratuit et à titre onéreux s'explique facilement lorsqu'on voit dans l'article 1141 une application de la maxime : « en fait de meubles, la possession vaut titre » ; le donataire, qui reçoit la chose déjà vendue à autrui, a la possession réelle, peu importe le titre en vertu duquel il possède ; il sera présumé propriétaire envers et contre tous, et cette présomption n'est pas une simple présomption *juris tantum*, mais une présomption *juris et de jure*. L'article 1141 ne fait aucune distinction entre les aliénations à titre gratuit et à titre onéreux : *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

14. Il faut remarquer qu'il n'en serait pas de même si l'on adoptait la doctrine de la répression de la fraude au moyen d'une action paulienne produisant ses effets de plein droit. Contre un tiers donataire, la complicité de fraude n'est plus exigée, et l'acheteur serait toujours préféré au donataire à condition qu'il puisse prouver la fraude de son vendeur. Les raisons pour lesquelles l'action paulienne ne peut être admise, ont déjà été expliquées : l'insolvabilité du débiteur fraudator devrait être prouvée, elle ne l'est pas toujours. Ne peut-on en voir une nouvelle dans ce fait que, par l'action paulienne, un donataire mis en possession réelle d'un meuble corporel, et de bonne foi, serait évincé par un premier acheteur ? Solution inadmissible en présence des textes, que personne n'a osé soutenir, solution logique cependant si l'on accueillait l'extension de l'action paulienne que l'on propose.

§ 3. — Fraude contre un acheteur de meubles corporels au moyen d'une mise en gage

Résumé. — 15. Extension de l'article 1141 au créancier gagiste. —
16. Remarque générale.

15. Il reste encore à examiner un cas de fraude qui peut se produire contre un acheteur d'une chose mobilière, c'est la mise en gage de la chose vendue. Primus, propriétaire d'un meuble quelconque, une bague par exemple, vend cette bague à Secundus, sans la livrer immédiatement, puis sollicite Tertius de lui prêter une certaine somme d'argent : ce dernier exige une garantie et Primus lui livre la bague, déjà vendue, à titre de gage. Secundus, devenu propriétaire à la suite du contrat de vente, va-t-il pouvoir revendiquer sa chose contre le créancier gagiste ? Nous n'avons pas à examiner ici l'hypothèse où l'acheteur aurait été mis en possession réelle, car alors le gage n'aurait pu être constitué : le gage en effet exige une tradition, c'est un contrat qui, comme disaient les Romains, se forme *re*. Avant cette tradition, il n'y a pas encore gage proprement dit, il n'y a que promesse de gage. Mais supposons que la chose ait été remise entre les mains du créancier. On est généralement d'avis d'appliquer au gagiste la maxime de l'article 2279 du Code civil : on bien il est de mauvaise foi et il ne pourra prétendre conserver la chose, ou bien il est de bonne foi, et il pourra résister à la revendication du propriétaire. Cependant ici l'acheteur ne perd pas, comme s'il y avait eu aliénation, tous ses droits, il reste propriétaire (et c'est là une preuve nouvelle que la tradition n'est pas nécessaire pour le transfert du droit de propriété), mais il devra respecter le droit réel de gage du créancier, droit réel qui n'est que temporaire et qui ne

dure qu'autant que la créance elle-même. La créance éteinte, il pourra réclamer l'objet de son achat qui n'a jamais cessé de lui appartenir. Peut-être même, si la chose engagée est de valeur bien supérieure à la créance, aura-t-il avantage à désintéresser, de ses deniers, le créancier ; s'il le fait, il pourra réclamer le montant de ses déboursés, par l'action de gestion d'affaires, au débiteur tenu personnellement car il a payé pour autrui.

16. Il est à remarquer que l'article 1141 doit recevoir son application quelque soit l'état d'esprit de l'aliénateur. J'ai supposé, pour ne pas compliquer cet exposé, qu'il était toujours de mauvaise foi, c'est en effet le cas normal, qui se présente le plus fréquemment. Mais cette condition est-elle nécessaire? Aucunement : ne peut-il pas arriver qu'un héritier ou un légataire à titre universel vende ou donne ou engage un objet mobilier qui se trouve dans la succession, mais qui a déjà été vendu par le défunt, sans que son successeur le sache ? Il y a bien acte passé en fraude des droits d'un acquéreur, car l'héritier continuateur de la personne aurait dû respecter les droits cédés par le *de cuius*. Il est fraudator sans le savoir. Malgré cela, les mêmes règles continueront à s'appliquer, aucune modification n'interviendra ; nouvelle preuve que l'article 1141 n'est pas une application de l'action paulienne qui exige toujours la fraude en la personne même du débiteur (1).

1. Il m'est impossible d'étudier les fraudes dans les transmissions de biens mobiliers dont le transfert s'opère par des modes spéciaux, tels que les navires, les fonds de commerce, les brevets d'invention. Les longs développements qu'exigerait l'examen de chacun d'eux ne peuvent figurer dans une étude aussi restreinte que celle que j'ai entreprise. D'ailleurs toutes ces matières appartiennent beaucoup plus au droit commercial qu'au droit civil.

CHAPITRE II

FRAUDE DANS LES ALIÉNATIONS D'IMMEUBLES

§ 1. — Fraude contre un acheteur ou un donataire au moyen d'une seconde aliénation de l'immeuble à titre gratuit ou à titre onéreux.

Résumé. — 17. Le problème. — 18. Solution admise dans notre ancien droit. — 19. La jurisprudence sous l'empire de la loi du 11 brumaire de l'an VII. — 20. Le Code civil de l'article 1071. — 21. La jurisprudence de 1804 à 1856. — 22. La jurisprudence depuis 1856. — 23. Explication de la jurisprudence au moyen de l'article 1167. — 24. Réfutation de cette doctrine. — 25. Explication de la jurisprudence au moyen de l'article 1382 du Code civil. — 26. Appréciation de la jurisprudence. — Les différentes doctrines qui la combattent.

17. Si le principe du transfert conventionnel était admis *erga omnes* dans les aliénations d'immeubles, la fraude contre un acquéreur au moyen d'une seconde aliénation serait impossible. Le droit de propriété transmis dans le patrimoine du premier acquéreur par le seul effet du contrat ne pourrait être atteint par un acte postérieur de l'aliénateur. Mais si ce principe est général et absolu lorsqu'il s'agit des effets de la convention entre les parties, il n'en est pas de même lorsqu'on les envisage à l'égard des tiers. Pour eux, l'aliénation n'existe que lorsqu'elle a reçu une publicité, au moyen de formalités qui ont varié et ont eu un champ d'action plus ou moins

étendu suivant les diverses législations de notre pays : insinuation dans les cours de justice, d'après l'ordonnance de Villers-Cotterets de 1539, nantissement au moyen d'inscriptions sur des registres d'après les coutumes en usage dans le ressort du Parlement des Flandres, transcription au bureau du conservateur des hypothèques d'après la loi de brumaire de l'an VII, l'article 941 du Code civil, la loi plus générale du 23 mars 1855. L'aliénation, valable entre les parties par le seul accord de volontés, n'a pas d'effets à l'égard des tiers, tant qu'elle n'a pas reçu la publicité qui lui est propre. Pour eux l'immeuble vendu ou donné appartient toujours au donateur ou au vendeur, celui-ci peut encore valablement leur céder des droits sur l'immeuble ; le premier acquéreur ferait-il valoir son titre antérieur, il se verrait repoussé faute de l'avoir publié. Le conflit entre deux acquéreurs de droits se réglera désormais non par la date des actes d'aliénation, mais par la date de leur publicité. Cette solution ne soulève aucun doute lorsque le second acquéreur est de bonne foi et ignorait la première aliénation, c'est pour lui que la loi a été faite, pour lui que la publicité a été rendue obligatoire. Mais en sera-t-il de même lorsque le second acquéreur sera de mauvaise foi, lorsqu'il aura traité nonobstant la connaissance qu'il avait de la première aliénation par d'autres voies que la publicité établie par le législateur ? C'est l'étude de cette question qui fera l'objet de ce chapitre.

18. La difficulté fut soulevée dès notre ancien droit. L'ordonnance de Villers-Cotterets avait décidé que les donations tant de meubles que d'immeubles devaient être enregistrées dans les cours de justice royales. A défaut de cette formalité, les donations

pouvaient être considérées comme inexistantes par toutes les personnes y ayant intérêt, tiers acquéreurs et créanciers du donateur, héritiers, donataires postérieurs et légataires. Seul le donateur ne pouvait se prévaloir du défaut de publicité pour annihiler l'effet de la libéralité qu'il avait faite ; ces dispositions reproduites par l'ordonnance de février 1731 subsistèrent jusqu'au Code civil. Les interprètes durent envisager l'hypothèse où le tiers qui réclamait la nullité de la donation non insinuée au greffe du bailliage ou de la sénéchaussée avait eu connaissance par d'autres voies de cette donation. Était-il recevable dans sa demande malgré sa mauvaise foi ? La plupart des auteurs répondaient par l'affirmative : l'insinuation était une formalité essentielle, et d'ordre public, ne pouvant être remplacée par un moyen d'information équivalent : les ordonnances royales devaient être appliquées strictement sans qu'on introduise dans leur interprétation d'autres exceptions que celles admises dans le texte.

C'est l'avis de Ricard (1) qui estime que « la donation à l'égard de tout autre que les parties, qui, quant à elles, ne peuvent aller contre leur propre fait, doit être estimée frauduleuse, jusqu'à ce qu'elle soit accompagnée de cette solennité. Et ceux qui ont été présents, lorsqu'elle a été passée, ne sont pas obligés d'en faire un autre jugement, jusqu'à ce qu'elle soit suivie d'insinuation, qui est une formalité nécessaire à l'égard de tout autre que les parties principales ; c'est pourquoi lorsqu'elle manque, l'acte est imparfait, et ne peut produire aucun effet sinon à leur égard, d'où il s'en suit que la connaissance de ceux qui y étaient présents ne peut nuire,

1. Ricard, *Traité des Donations*, I, n° 1429 et s.

puisqu'elle ne leur est apparue que d'un acte invalide et qui ne pouvait pas avoir d'effets contre eux. » Ricard nous rapporte que son opinion personnelle est d'ailleurs confirmée par l'examen des décisions des Parlements sur ce point. Les magistrats furent appelés à statuer sur cette question dès la fin du xvi^e siècle ; une donation avait été faite par contrat de mariage à une mineure, sans être suivie d'insinuation ; un créancier ayant traité postérieurement avait obtenu du donateur comme garantie de sa créance, une hypothèque sur l'immeuble donné, garantie qui avait été acceptée par lui quoiqu'il fut informé de l'aliénation par sa présence au contrat de donation. Le Parlement de Paris, statuant en une séance solennelle, sous la présidence du premier président Séguier, décida que l'hypothèque du créancier était valable et que le donataire ne pouvait pas soustraire son immeuble aux poursuites sous prétexte que le créancier tenait ses droits d'une personne n'ayant plus qualité pour les lui conférer.

Furgole, dans ses observations sur l'ordonnance de Louis XV de février 1731, qui ne fait que reprendre l'institution des insinuations des donations créée en 1539, pense également qu'il est impossible d'admettre que le donataire qui n'a point insinué sa donation puisse remédier à cette négligence en prouvant que celui qui l'attaque était de mauvaise foi, « l'article 27 de l'ordonnance ne distinguant point entre les créanciers, tiers acquéreurs, héritiers, donataires ou légataires et autres personnes intéressées, qui n'ont pas connu la donation, d'avec ceux qui l'ont connue, soit qu'ils y aient été présents ou non » (1). Toutefois,

1. Furgole nous montre d'ailleurs par un exemple que la jurisprudence du Parlement de Toulouse ne différait pas de celle du Parlement de Paris. Le jugement rapporté ne peut laisser subsis-

et ceci est extrêmement intéressant à noter, Furgole admet un tempérament qui ne semble pas avoir été admis par les autres jurisconsultes de son temps ; il ne peut tolérer que le donataire soit évincé par suite de manœuvres frauduleuses concertées entre le donateur et l'acquéreur, il faut dans ce cas à tout prix protéger le donataire victime d'une entente condamnable fomentée pour le dépouiller de son bien.

Cette doctrine a été reprise et développée par nos tribunaux modernes. N'est-il pas du plus vif intérêt de constater qu'au milieu du XVIII^e siècle, Furgole s'exprime sur la question de la fraude dans les transferts à titre gratuit d'une façon à peu près identique à la manière dont les magistrats des Cours et Tribunaux de la seconde moitié du XIX^e siècle motivent leurs arrêts. On croirait lire un jugement récent

ter aucun doute à cet égard : le Chevalier de Tournon avait fait donation à sa nièce, la demoiselle d'Aurout, par contrat de mariage, de la moitié de la terre de Tournon ; le contrat ne fut pas inséré selon les règles édictées par les ordonnances royales ; il ne fut déposé qu'au Bureau des insinuations laïques de la ville de Mirande, où le donateur n'avait pas sa résidence, alors que les ordonnances spécifiaient que les donations devaient être enregistrées aux greffes des justices royales tant du domicile du donateur que de la situation des immeubles donnés. Postérieurement, le sieur de Castelbéjac, qui avait signé le contrat de mariage contenant la donation, acheta du Chevalier de Tournon les mêmes biens et versa le prix fixé. Il exigea le délaissement des immeubles achetés et, pour cette fin, intenta une action en justice contre le sieur d'Aurout et le sieur de Vendries, père et mari de la donataire. L'affaire fut portée devant le Sénéchal d'Auch qui décida que le demandeur ayant eu connaissance personnelle de la donation non insinuée, n'était pas recevable à en prétendre la nullité à son égard, et le débouta de sa demande. Appel fut interjeté devant le Parlement de Toulouse qui rendit son arrêt sur cette affaire le 24 mai 1728, sur rapport de M. de Bousquet ; la sentence du sénéchal d'Auch fut réformée et le sieur de Castelbéjac fut maintenu dans les biens acquis, malgré la donation antérieure, considérée comme ne lui étant pas opposable faute de publicité.

lorsqu'on parcourt les observations de Furgole sur l'arrêt du Parlement de Toulouse de 1728 : « Si la vente ou la seconde donation, dit-il, était attaquée comme compliquée de fraude, et que la cassation en fut demandée par le premier donataire, qui avait fait insinuer la donation pendant la vie du donateur mais postérieurement à l'aliénation en fraude faite par le donateur, à laquelle l'acquéreur ou second donataire aurait participé, il faudrait casser la donation ou vente frauduleuse, comme nulle, parce que la fraude affecte essentiellement tous les contrats qui en sont compliqués, ce qui devrait avoir lieu principalement s'il était prouvé que le second donataire ou l'acheteur avait incité le donateur à vendre ou donner de nouveau les biens donnés, au préjudice et en fraude de la première donation. »

Pothier soutient la même opinion que Ricard et Furgole, et déclare que « quoique la raison qui a fait introduire la nécessité de l'insinuation des donations ne se rencontre pas à l'égard de ceux qui en ont connaissance, néanmoins il suffit que les ordonnances aient introduit ce moyen de rendre publiques les donations, pour qu'il ne puisse être accompli par équipollence, et pour que tous ceux qui ont intérêt à la publicité de la donation, quelque connaissance particulière qu'ils en aient, soient reçus à en prétendre cause d'ignorance tant qu'elle n'est pas publique par le moyen que la loi a introduit pour sa publicité ».

Il faut reconnaître cependant que la solution n'a pas été acceptée sans débats, et qu'il existe quelques divergences d'opinion. Ferrières, Boniface (1), Théveneau (2) se rangent à un avis opposé, et leur

1. Boniface, titre I, livre 7, article 2, n° 14.

2. Théveneau, livre II, titre VI, article 3.

thèse est vaillamment défendue par Guy Coquille qui remarque avec juste raison que l'insinuation des donations « est seulement pour savoir et rendre certains ceux qui y ont intérêt » et qui en conclut « que ceux qui sont nommés témoins en l'instrument de la donation, ou qui sont bien certains du contenu ne sont recevables à impugner la donation à faute d'insinuation » (1). Mais il semble bien que cette opinion fût vite abandonnée, et si l'on en croit Boutaric (2), « la décision de Coquille ne fut point suivie dans l'usage, et l'on jugea constamment qu'il n'y a qu'une connaissance légale, telle que la donne l'insinuation, qui puisse faire déclarer irrecevable un créancier ou autre partie intéressée à opposer le défaut ».

La solution en matière de transfert à titre gratuit est donc bien certaine ; seule l'insinuation rend la donation valable à l'égard des tiers, cette formalité ne peut être remplacée par aucune autre. Fut-il prouvé que le tiers ait traité en connaissance de cause, la donation n'en serait pas moins considérée comme clandestine et n'aurait pas plus de valeur que si elle était demeurée ignorée en fait, sauf la restriction admise par Furgole en cas de fraude.

En matière de transfert à titre onéreux, l'insinuation n'existait pas. Pour les ventes d'immeubles, les modes formalistes d'acquérir du droit romain tendaient à disparaître, laissant dans quelques coutumes des traces vite effacées. Seuls les pays du Nord de la France adoptaient pour le transfert des droits immobiliers un système de publicité perfectionné, se rapprochant assez sensiblement de notre trans-

1. Guy Coquille, question 165 sur les Coutumes de France.

2. Boutaric, Explication de l'ordonnance de février 1731 sur l'article 27.

cription moderne. Dans ces provinces, la prise de possession d'un immeuble se faisait au regard des tiers par le nantissement, c'est à-dire la copie de l'acte translatif sur les registres d'un greffier. Les anciennes formalités appelées tantôt vest et dévest, tantôt dessaisine et saisine, tantôt déshéritance et adhéritance, tantôt mise de fait, tantôt enfin main assise, étaient peu à peu remplacées par la formalité nouvelle, mieux accommodée aux besoins de la pratique. On décidait que de deux acheteurs ou donataires du même immeuble, celui qui est nanti doit avoir la préférence sur l'autre, quoique son contrat soit postérieur en date ; c'est ce que disait en termes exprès l'article 28 de la Coutume de Vermandois : « Et ne suffit à l'acheteur de soi mettre et immiscer de son autorité privée en l'héritage par lui acquis, de sorte que, si l'acheteur vendait derechef le dit héritage à un autre, auparavant le vest baille au dit acheteur, en ce cas le dit second acheteur serait fait seigneur de la chose à lui vendue. »

Mais cette solution n'était admise qu'au cas où le second acheteur était de bonne foi. C'était l'opinion qui prévalait même dans la Province du Hainaut, où les règles sur le nantissement étaient le plus strictement observées. C'est ce que nous rapporte Cogniaux, avocat au Conseil souverain de Mons, dans sa *Pratique du Retrait*. « Si le même fief, dit-il, a été vendu à deux diverses personnes, et que le second acheteur ait su, lors de son contrat, que la vente du même fief était déjà faite à un autre, quoique ce second en ait été investi, il est certain qu'en ce cas la seconde vente est nulle, et que le second acheteur est tenu de remettre le fief acheté au premier, car la loi 15^e, de *rei vindicatione*, n'a lieu qu'entre des acheteurs de bonne foi. Cette ques-

tions s'était présentée au Conseil de Mons, en l'an 1710, au procès du conseiller Boële, demandeur en cassation de la vente de la terre de Courcelle ; elle lui fut adjugée, quoiqu'il n'ait pas eu les vêtues, mais un simple contrat personnel et que le second acheteur en ait été investi. » Cette exception était d'ailleurs générale, et était acceptée dans toutes les coutumes des pays de nantissement.

Tel est l'état de la question dans notre ancien droit : la solution diffère suivant qu'il s'agit de l'aliénation à titre gratuit ou à titre onéreux ; la connaissance, que peut avoir le tiers de l'aliénation, équivaut pour lui à la publicité dans le second cas, non dans le premier.

19. Vint la Révolution et la loi du 11 brumaire de l'an VII. Pour donner plus de sécurité au crédit hypothécaire, pour permettre à tout créancier de se renseigner facilement sur l'existence et l'étendue des droits de son débiteur sur les biens qui étaient affectés en garantie de sa dette, le législateur de l'an VII ordonna que « les actes translatifs de biens et droits susceptibles d'hypothèques devraient être transcrits sur les registres du bureau de la conservation des hypothèques, dans l'arrondissement duquel les biens seraient situés. Jusque-là ils ne pourraient être opposés aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur et qui se seraient conformés aux dispositions de la présente ». Allait-on appliquer la loi strictement, sans moyen terme, sans considération de personnes, sans appréciation des mérites du tiers qui l'invoquait ?

La question si débattue de la fraude dans les transferts, que nous avons vue résolue différemment dans notre ancien droit à propos de l'interprétation des ordonnances de 1539, 1566 et 1731 et

des coutumes de nantissement, fut posée pour la première fois devant les tribunaux sous l'empire de la loi de brumaire de l'an VII, en l'an X, dans l'affaire Signol contre Charpentier. En messidor de l'an VII, les époux Ledoux avaient vendu un champ à un nommé Signol, un peu plus tard, ils vendirent le même terrain à un nommé Charpentier qui s'empressa de se mettre en règle avec la nouvelle loi, et fit transcrire son contrat au bureau de la conservation des hypothèques. Signol, au contraire, n'accomplit cette formalité que postérieurement. Le Tribunal d'Evreux, à qui fut confié le soin de décider à qui appartenait l'immeuble litigieux, fit remarquer que Charpentier, second acquéreur, était de mauvaise foi lors de son contrat, qu'il connaissait à ce moment la première vente, et qu'en conséquence il ne pouvait invoquer l'antériorité de la transcription de son titre. Appel fut interjeté devant le Tribunal de Rouen qui, appliquant la loi de brumaire de l'an VII, donna la préférence à Charpentier, et ce jugement fut confirmé par un arrêt de la Cour de cassation du 23 messidor de l'an X (1). Il est à remarquer que ni les motifs de la Cour d'appel de Rouen, ni ceux de la Cour de Cassation ne parlent de la mauvaise foi du second acquéreur. Est-ce parce que les juges estiment que la mauvaise foi est indifférente en matière de transcription, parce qu'ils pensent que la loi doit être appliquée, si rigoureuses qu'en soient les conséquences, sans aucune atténuation ni aucun adoucissement que pourrait commander l'équité ? Ou bien est-ce parce qu'ils n'ont pas été persuadés comme les juges du Tribunal d'Evreux de la mauvaise foi du second acquéreur dans le cas

1. Sirey, Chronologique.

qui leur était soumis ? Le silence des arrêts pourrait sur ce point permettre les deux interprétations. Il est cependant préférable, je le crois, de supposer que la mauvaise foi de l'individu qui a transcrit le premier ne fait pas l'objet de la préoccupation des juges, parce que ceux-ci considèrent que cet examen est sans importance dans l'application de la loi. S'ils avaient jugé que dans l'espèce la mauvaise foi n'était pas suffisamment prouvée, n'auraient-ils pas, en termes formels, indiqué cette circonstance permettant de réformer la décision du Tribunal qui avait statué en premier ressort ?

Trois ans plus tard, le conflit de deux acquéreurs successifs fut de nouveau porté devant les tribunaux. Le premier acquéreur prétendait que le second ne pouvait lui opposer le défaut de transcription, parce qu'il avait su en achetant, que la chose qui faisait l'objet du contrat, venait d'être vendue la veille. Le 11 thermidor de l'an X jugement du Tribunal civil d'Issoire, qui annule la seconde vente pour ce motif : « Attendu qu'il est constant, que le second acquéreur avait eu connaissance de la première vente faite la veille ; qu'il avait donc acquis en fraude des droits du premier acquéreur. » En appel, la Cour de Riom, le 5 prairial de l'an XI, infirme le jugement, non pas parce qu'elle estime que les faits vérifiés par les premiers juges ne sont pas pleinement établis, mais parce que la loi de brumaire de l'an VII doit recevoir son application, quelles que soient les circonstances de la cause : les motifs de l'arrêt ne peuvent laisser subsister aucun doute : « Attendu que les seconds acquéreurs avaient les premiers fait transcrire leur contrat ; que la loi de brumaire de l'an VII attache l'irrévocabilité de la propriété vis-à-vis des tiers à la formalité de la transcription ; que, dans les termes

absolus de cette loi, il est indifférent que les nouveaux acquéreurs aient su ou non lors de leur vente, qu'il en existait une faite précédemment ; et que c'est assez qu'ils aient su que cette première vente n'avait pas été soumise à la formalité de la transcription. » Pourvoi en cassation fut formé par le premier acquéreur pour fausse application de l'article 26 de la loi du 11 brumaire de l'an VII. Il articule dans sa demande que recevoir une seconde vente, en connaissant la première, c'est se rendre coupable de fraude, qu'au cas de fraude par le deuxième acquéreur, la préférence ne lui est pas due, que si parfois, grâce à l'antériorité de la transcription, un deuxième acheteur peut avoir l'avantage sur un premier, ce n'est qu'en vertu d'une faveur de la loi, établie pour subvenir aux erreurs de ceux, qui, de bonne foi, auraient acquis du propriétaire déjà dépouillé par une première vente. Le détenteur répondit que l'article 26 de la loi de brumaire était absolu et conférait la préférence au premier inscrit, sans distinction du cas où il aurait connu la première vente, qu'il ne pouvait y avoir exception que pour le cas où la seconde vente serait une vente fictive, simulée, dont les effets seraient annihilés par une contre-lettre demeurée occulte, et qui aurait été imaginée pour nuire au premier acquéreur : dans cette hypothèse, ce dernier pourrait prouver la simulation, mettre en lumière la contre-lettre intervenue entre les parties et faire déclarer la pleine efficacité de la première vente, débarrassée désormais de toute entrave.

La Cour de cassation après les conclusions de M. Lecontour, substitut du Procureur général, dans un arrêt célèbre du 3 thermidor de l'an XIII (1),

1. Sirey, Chronologique.

repoussa les prétentions du demandeur et confirma en tous points les décisions de la Cour d'appel de Riom : « On ne peut pas accuser de fraude, dit la Cour dans cet arrêt, celui qui achète un immeuble qu'il avait pu savoir déjà vendu à un autre, tant que cette première vente n'est pas transcrite et conséquemment qu'il n'y a pas eu translation de propriété, car il n'y a pas fraude à profiter d'un avantage offert par la loi, et c'est au premier acquéreur à s'imputer à lui-même s'il n'a pas usé d'une égale diligence pour faire transcrire son acte. » C'est l'adoption sans réserve de la règle : *nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur*.

Cet arrêt, quoique rendu après la loi du 30 ventôse de l'an XII promulguant le Code civil, réglait les effets d'une mutation de propriété régie par la loi de brumaire de l'an VII. L'interprétation de cette loi est donc bien établie ; les Cours d'appel et la Cour de cassation, malgré quelques décisions contraires des tribunaux jugeant en premier ressort, estiment que la connaissance de l'aliénation n'empêche pas cet acquéreur de se prévaloir du défaut de publicité.

20. Sous l'empire de la législation issue du Code civil, l'acuité de la question devint moins vive. Seules les aliénations à titre gratuit purent en faire l'objet. On avait en effet abandonné la transcription dans les aliénations à titre onéreux, le simple consentement des parties suffisait à produire le transfert des droits réels même vis-à-vis des tiers. Au contraire, pour les aliénations à titre gratuit, les deux formalités de l'insinuation aux greffes des justices et de la transcription aux bureaux du conservateur des hypothèques, qui devaient avoir lieu concurremment sous le Directoire et le commencement du Consulat, avaient été confondues en une seule, la transcription, dont les règles

tiraient leur origine à la fois des anciennes ordonnances royales et de la loi de brumaire de l'an VII. De plus, les considérations d'ordre pratique ou doctrinal n'allaient plus être seules en jeu ; un texte positif fournit une thèse solide aux interprètes du droit et confirma la solution déjà admise auparavant par les Cours d'appel et la Cour suprême : l'art. 1071.

Cet article, reproduction presque littérale de l'article 33 de l'ordonnance d'août 1747, a été inséré au titre *des donations entre vifs*, dans le chapitre VI : *des dispositions permises en faveur des petits-enfants du donateur ou testateur ou des enfants de ses frères et sœurs*. L'article 1069 ordonne que les dispositions par actes entre vifs ou testamentaires, à charge de restitution, seront, à la diligence soit du grevé soit du tuteur nommé pour l'exécution, rendues publiques par la transcription des actes sur les registres du bureau des hypothèques du lieu de la situation des immeubles. L'article suivant énumère les personnes qui pourront invoquer l'absence de cette formalité pour rendre la substitution nulle à leur égard : créanciers et tiers acquéreurs. L'article 1071 enfin se préoccupe du cas où ces personnes auraient traité de mauvaise foi et décide que le défaut de transcription ne pourra être suppléé ni regardé comme couvert par la connaissance que les créanciers et les acquéreurs auraient eue de la disposition par d'autres voies que celle de la transcription ?

Dans le débat soulevé pour savoir si l'acquéreur postérieur peut opposer le défaut de transcription d'une donation malgré la connaissance qu'il aurait eue, au moment de son acquisition, de l'acte non publié, rares furent les partisans de la négative : les quelques auteurs qui entreprirent de défendre cette thèse firent remarquer que l'article 1071 s'ap-

plique à une matière toute spéciale, les substitutions permises, et que cette disposition s'explique par des motifs exceptionnels propres à cette matière : le législateur, hanté par le souvenir des institutions féodales, voyait alors avec défaveur les substitutions, et ne les permit que dans des cas strictement délimités. De plus, dans les cas où les libéralités avec charge de rendre étaient permises, il voulut qu'elles fussent rendues publiques, d'abord pour que les tiers fussent avertis lorsqu'ils traiteraient avec le grevé mais aussi pour décourager ceux qui voudraient faire ces sortes de libéralités dans un but contraire aux vues des rédacteurs du Code civil, et y insérer des clauses prohibées, qui resteraient inattaquées parce qu'ignorées. Ce sont ces raisons tout à fait exceptionnelles qui motiveraient la sanction rigoureuse du défaut de transcription contenue dans l'article 1071. Mais ces raisons par contre n'existeraient plus lorsqu'il s'agit de libéralités ordinaires, qui ne font pas l'objet de l'appréhension du législateur. Ainsi s'expliquerait la rédaction différente de l'article 941 qui ne contient aucune disposition semblable à celle de l'article 1071. Si les rédacteurs du Code avaient entendu élargir cette règle en un principe général, ils n'auraient pas manqué de l'insérer dans le chapitre IV du titre III : *des donations entre vifs* ; s'il ne l'ont pas fait, c'est qu'ils ont entendu lui laisser la portée restreinte que sa place dans le chapitre VI indique clairement. Ne peut-on pas conclure, par argument *a contrario*, de la non reproduction de la disposition dans le chapitre consacré aux donations ordinaires, que pour celles-ci le défaut de transcrire pourra être suppléé et regardé comme couvert par la connaissance que les créanciers et les tiers acquéreurs pourraient avoir eue de la donation par

d'autres voies que celle de la transcription. L'article 1071 devrait être considéré comme un texte contenant une exception à la règle générale, et par suite, devant recevoir une interprétation restrictive.

Les partisans de la doctrine contraire n'eurent pas grand'peine à démontrer que la place de l'article 1071 s'explique suffisamment par l'étude des travaux préparatoires, que cet article n'est que la copie de l'article 33 de l'ordonnance de 1747, ordonnance qui a servi de modèle pour la confection du chapitre VI du Code civil, que les rédacteurs du Code par suite l'ont rédigé en s'occupant des substitutions, parce que eux-mêmes l'ont trouvé dans une ordonnance s'occupant également des substitutions. Mais c'est l'énoncé d'un principe général, admis dans notre ancien droit à propos de l'insinuation, adopté par la législation nouvelle. La publicité ordonnée par la loi ne peut être remplacée par aucun équivalent. De l'article 1071 on doit tirer des déductions non par argument *a contrario* mais par argument *a pari*.

De plus n'est-il pas facile de découvrir d'autres motifs sérieux pour adopter cette solution : les prescriptions de la loi en matière de transcription seraient gravement compromises si l'on admettait la preuve de la mauvaise foi de l'acquéreur qui a transcrit, pour lui retirer le bénéfice de cette transcription. Nombreux seraient les procès s'élevant à ce sujet, et il n'est guère d'acquéreurs qui ne se trouveraient exposés à être évincés, si légitime que soit leur acquisition, si minutieuses qu'aient été les précautions prises pour la stabilité de leur achat, grâce à la subornation de quelques témoins, grâce aux fausses déclarations de quelque envieux ou de quelque ennemi, grâce aux déductions ingénieuses d'un habile avocat. Le législateur a voulu qu'aucune donation

n'échappe à la publicité ; pour cela, il a établi une sanction extrêmement rigoureuse, en décidant que toute personne y ayant intérêt pourrait la faire déclarer nulle à son égard. Cette sanction ne perdrait-elle pas une grande partie de sa force, si les tiers se voyaient retirer le droit que la loi met à leur disposition, sous prétexte que la publicité ne leur aurait été d'aucune utilité. La loi établit une sorte de présomption qui ne souffre pas la preuve contraire : toute donation transcrite est connue, toute donation non transcrite est inconnue. C'est un point indiscutable et indiscuté qu'une personne ne pourrait être admise à prouver qu'en fait elle a ignoré une donation transcrite, pourquoi changerait-on d'avis lorsqu'on renverse l'hypothèse et recevrait-on la preuve de celui qui prétend qu'une donation non transcrite a été connue ?

C'est en ce sens que s'est prononcé la grande majorité des auteurs, tout au moins jusqu'à la loi du 23 mars 1855 et cette doctrine fut confirmée par la jurisprudence. De 1804 à 1855, nombreux sont les arrêts qui décident que la connaissance qu'a un tiers d'une donation, ne peut lui retirer le droit de se prévaloir du défaut de transcription de cette donation, lorsqu'il a intérêt à ce qu'elle soit considérée comme inexistante à son égard.

21. Une des premières décisions judiciaires sur ce sujet est le jugement du Tribunal civil de Grenoble sur l'affaire Camand : un donateur ayant vendu des immeubles précédemment donnés, le donataire les revendiqua contre l'acheteur. Ce dernier opposa le défaut de transcription de la donation, le donataire répliqua que la transcription aurait été inutile, car l'acheteur avait connaissance, lors de la vente, de la donation. Néanmoins le Tribunal de Grenoble rejeta

la demande du donataire et décida « que la loi exige, pour la validité de la donation vis-à-vis des tiers, qu'ils en aient une connaissance légale, laquelle ne peut résulter que du seul mode de publicité établi par elle, c'est-à-dire de la transcription ; qu'en effet l'article 1071 du Code civil décide formellement que lorsqu'une donation faite à la charge de restitution n'aura pas été transcrite, ce défaut de transcription ne pourra être considéré comme couvert par la connaissance que les tiers acquéreurs des immeubles grevés de substitution, ou les créanciers ayant acquis des droits réels sur ces immeubles, pourraient avoir eue de la donation par d'autres voies que celle de la transcription ; que l'analogie est parfaite entre l'hypothèse de cet article et celle d'une donation faite simplement et sans charge de restitution ». En appel, le demandeur offre de nouveau la preuve des faits qu'il allègue, preuve qui lui avait été refusée comme non pertinente ; la Cour d'appel de Grenoble par arrêté du 14 juillet 1824 adopte les motifs des premiers juges et confirme le jugement (1).

Quelques années plus tard, le 28 décembre 1835, dans l'affaire Barassier contre Bellier, la Cour d'appel de Caen (2) estime de même « qu'on argumenterait inutilement des faits particuliers pour en conclure que la personne, qui a intérêt à opposer le défaut de transcription, n'a point ignoré la donation, parce qu'aux yeux du législateur, qui, dans ce cas, n'a rien voulu laisser à l'arbitraire, la connaissance qu'elle devait en avoir ne pouvait résulter que de la transcription. »

Cette jurisprudence est confirmée par un arrêt de la

1. S. 25. 2. 333.

2. S. 38. 2. 735.

Cour d'appel de Limoges du 16 mai 1839 : « Attendu, dit la Cour, que les appelants opposent, il est vrai, que le défendeur a eu connaissance de la donation, et que la transcription ne lui aurait rien appris ; mais que la transcription est le seul mode légal de connaissance que le donataire puisse opposer aux tiers ; que cela est encore écrit dans l'article 1071 du Code civil » (Redon contre Chazal) (1).

En 1842, nouvel arrêt statuant dans le même sens : arrêt de la Cour d'appel de Nîmes du 27 juin 1842 dans l'affaire Rajeauge contre Ludreyt (2). Cet arrêt est d'une importance tout à fait exceptionnelle, car il fait allusion à une distinction possible entre la simple connaissance et la fraude du tiers qui invoque le défaut de transcription, allusion qui existait déjà en germe dans l'arrêt de la Cour de cassation de l'an XIII, déclarant : « qu'il n'y a pas fraude à user d'un avantage offert par la loi », mais sans préciser quand il y a fraude possible. Cette distinction encore très vague et incertaine dans l'arrêt dont il est question, se précisera quelques années plus tard et deviendra une des créations les plus originales de la jurisprudence, qui triomphera malgré les résistances et les critiques de quelques auteurs, et sera la thèse adoptée par les tribunaux pour résoudre les difficultés relatives à la fraude dans les transferts de droits.

Le sujet du litige est semblable à ceux qu'avaient eu à juger les cours d'appel de Grenoble, de Limoges et de Caen, précédemment cités : il s'agit d'une donation suivie d'une vente des mêmes biens. La Cour d'appel de Nîmes, se conformant aux conclusions de M. l'avocat général Rieff, décide que « la

1. S. 1840. 2. 14.

2. D. J. G. *Dispositions entre vifs et testamentaires*, n° 1570.

veuve Rajeauge (ayant causé du donataire) excipe vainement de la connaissance que Ludreyt (acheteur) avait de la donation, que cette circonstance ne peut suppléer en rien à la formalité de la transcription, qui seule saisit le donataire à l'égard des tiers ; que les termes de l'article 941 du Code civil sont absolus et ne comportent aucune distinction, que d'ailleurs l'article 1071 contient à cet égard une disposition expresse qui s'applique à toutes les donations aussi bien qu'à celles qui font l'objet spécial du chapitre qui contient cette disposition ». Jusqu'ici les motifs invoqués sont les mêmes que ceux énoncés dans les arrêts antérieurs : analogie fournie par l'article 1071, et généralité des termes de l'article 941. Mais la Cour d'appel de Nîmes indique ensuite un motif, qui jusqu'alors ne semble pas avoir fait la préoccupation des juges : l'absence de fraude : « Attendu qu'il n'apparaît d'ailleurs d'aucune fraude pratiquée par Ludreyt pour priver la femme d'Etienne Rajeauge, le donataire, du montant de sa dot. » Et l'arrêt fait remarquer que l'acheteur a pu traiter sans avoir l'intention de nuire, par suite de la déclaration même du donataire, renonçant à exercer ses droits à l'encontre de l'acheteur, se portant en quelque sorte garant de la vente. Ne peut-on pas conclure de là que, s'il y avait eu fraude et intention de nuire, le défaut de transcription n'aurait pu être invoqué ? Mais quand et comment reconnaitra-t-on qu'il y a fraude, la Cour ne le dit pas, quoiqu'il fût très utile de le savoir, le mot fraude ayant ici une signification toute spéciale et ne pouvant être entendu dans le sens large que je lui ai attribué.

Cette jurisprudence est encore confirmée par un arrêt de la Cour de Montpellier du 9 mai 1843 (1) et

1. S. 1844. 2. 187.

un arrêt de la Cour de Caen de 1847 (1) « L'acheteur, déclare ce dernier arrêt, en supposant qu'il n'ait pas ignoré la donation, a pu, du moment qu'elle n'a pas été transcrite, acquérir valablement le bien qui en avait été l'objet, sans pouvoir pour cela être accusé de fraude, parce qu'il n'y a pas fraude à user d'une faculté ouverte par la loi. » Mais n'y a-t-il pas certains cas où le tiers ne se contente pas d'user d'une faculté légale, mais se rend véritablement coupable de fraude, ne doit-on pas, dès lors, pour éviter une éviction imméritée et une spoliation scandaleuse, lui refuser le droit d'invoquer le défaut de transcription ?

C'est ce qu'ont pensé les tribunaux après le rétablissement de la transcription des transmissions à titre onéreux des droits immobiliers. La loi de 1855 ne distingue pas entre les tiers acquéreurs : la question relative aux conséquences de la mauvaise foi d'un second acquéreur qui a transcrit le premier restait donc entière.

22. La première décision, qui refuse à un acquéreur le droit de se prévaloir du défaut de transcription d'une précédente aliénation, est l'arrêt de la Cour de Rennes du 25 mars 1858 (affaire Hunant). « La fraude, déclare la Cour, fait exception à toutes les règles. » Elle remarque que, dans le cas qui lui est soumis, le second acheteur a connu la première aliénation, qu'il s'est assuré que cette aliénation n'avait pas été transcrite, qu'il s'est rendu auprès du vendeur pour le persuader, en lui offrant un prix plus élevé, de consentir à son profit une seconde vente des mêmes biens, dans l'intention et dans le but avoués de prévenir à la transcription de la première

et d'en détruire les effets. Ce sont ces agissements et ces manœuvres, cette entente dolosive avec le vendeur en vue d'évincer le premier acquéreur qui constituent la fraude, rendant le contrat passé par celui qui s'en rend coupable nul et de nul effet : par suite le second acquéreur n'ayant pas acquis légalement des droits sur l'immeuble, vue l'invalidité de la vente, ne peut se prévaloir du défaut de transcription de la première aliénation. « Considérant dit la Cour, qu'en se rendant sciemment l'instigateur et le complice d'un stellionat, Hunant s'est rendu coupable d'une fraude qui le place dans l'impossibilité de se prévaloir à son égard de la priorité de la transcription. » Saisie en vertu d'un pourvoi de Jean Marie Hunant, la Cour de Cassation le 5 décembre 1858 (1) statua dans le même sens : « Attendu que la fraude fait exception à toutes les règles, que si la transcription a été faite par suite d'un concert frauduleux entre le vendeur et l'acquéreur, elle ne peut produire aucun effet. »

Mêmes éléments constitutifs de la fraude reconnus par la Cour d'appel de Grenoble le 14 août 1869 (2) dans l'affaire Roche contre Garnier : intention de la part du second acheteur de frustrer le premier, démarches actives entreprises pour atteindre ce but, concert frauduleux et dolosif avec le vendeur. Pendant la même année, la Cour de Grenoble eut l'occasion de statuer de nouveau sur la question : sa nouvelle décision du 11 décembre 1869 (3) est identique à celle rendue six mois auparavant. Elle déclare de nouveau que, quand le second acte d'aliénation est le fruit d'un concert frauduleux entre le vendeur et

1. S. 1859. I. 883.

2. S. 1870. 2. 35.

3. S. 1870. 2. 35.

le second acheteur, ce dernier ne peut se prévaloir de l'antériorité de sa transcription, entachée du même vice que l'acte dont elle est le complément. » Elle établit expressément la distinction entre la simple connaissance et la fraude : « Attendu, quant aux faits constitutifs de la fraude, qu'il a existé avant la loi de 1855, comme il existe encore après, une certaine divergence dans la doctrine et dans la jurisprudence, sur le point de savoir si la simple connaissance, que le second acquéreur aurait eue d'une première vente, suffit pour vicier son titre ; mais qu'il est généralement admis que lorsque le second acquéreur a joué un rôle actif dans la préparation et la consommation de la fraude, lorsqu'il en a été l'instigateur, des actes de cette nature caractérisent bien cette participation qui, d'après l'exposé des motifs de la loi de 1855, rend inefficace la formalité de la transcription. »

Le 4 février 1884, la Cour de Paris (1), ayant à se prononcer sur la validité d'une seconde vente du même immeuble, mais transcrite la première, recherche si le second acheteur n'a pas commis de fraude, et ne valide son contrat qu'après avoir constaté qu'il était en pourparlers avec le vendeur avant la première vente, que s'il avait connaissance des déclarations du premier acheteur prétendant que l'immeuble lui avait été vendu, il savait également que le vendeur niait énergiquement cette vente, que les circonstances dans lesquelles la première vente avait été conclue pouvaient faire présumer la nullité de l'acte.

La jurisprudence est donc désormais bien établie : la simple connaissance d'une aliénation non trans-

[1. D. 1885. 2. 85.

crite n'empêche pas le tiers qui a acquis postérieurement des droits sur l'immeuble, d'invoquer en sa faveur le défaut de publicité, mais s'il y a fraude, dans ce cas le contrat lui-même est atteint de nullité, le tiers ne peut opposer au premier acquéreur la transcription antérieure de son acte d'acquisition, la transcription ne couvre pas le vice du contrat, l'acte étant nul ne peut nuire à personne : *quod nullum est, nullum producit effectum*. Ce sera une question de fait à résoudre par les juges, que celle de savoir s'il y a fraude ou non : on pourra la reconnaître sans difficulté, comme l'a fait la Cour de cassation le 21 juillet 1885, dans la rédaction d'actes simulés ou la destruction d'actes compromettants, rédaction et destruction opérées en vue d'induire en erreur le premier acheteur. Mais, au contraire, décident le Tribunal d'Auch le 5 juillet 1886, la Cour d'appel d'Agen le 22 mars 1887 (1) et la Cour d'appel d'Orléans le 4 mars 1896 (2), il n'y a pas fraude lorsque le second acheteur s'est simplement informé auprès du notaire pour s'assurer si la première vente avait été transcrite et s'est hâté de réaliser une vente sachant qu'il allait se trouver en concurrence avec un autre acquéreur des mêmes biens. « Car la connaissance par le second acquéreur de l'existence d'une première vente ne constitue pas par elle seule un obstacle à une acquisition, ni la preuve d'un concert frauduleux. » Mais lorsque les enquêtes faites démontrent que la seconde vente est le résultat d'agissements répréhensifs de la part d'un tiers, la revendication du premier acquéreur, bien que son contrat n'ait pas été transcrit le premier, doit être déclarée bien fondée. C'est ce qu'avait déjà décidé la même Cour d'appel

1. Recueil de jurisprudence de la Cour d'Agen.

2. D. 1896-2-515.

d'Agen le 23 novembre 1887, non pas en matière de vente il est vrai, mais pour un contrat régi par les mêmes règles, l'échange, (Laguarrigue contre Mercié).

Nouvel arrêt de la Cour Suprême, confirmant la jurisprudence antérieure, le 27 novembre 1893 (1) : « Attendu, dit la Cour, dans les motifs de son arrêt, que la fraude fait exception à toutes les règles, et que si la transcription a été faite par suite d'un concert frauduleux entre le vendeur et l'acquéreur, elle ne peut produire effet ; attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué (Caen, 6 août 1892) qu'après avoir vendu au sieur Dumoulin son domaine de la Croix Girard, le 31 mars 1890, le sieur Coquerel vendit le lendemain, 1^{er} avril, le même immeuble à la dame Fromage, et que celle-ci fit transcrire son contrat le jour même, tandis que celui du sieur Dumoulin ne fut transcrit que le 2 avril, et que cette seconde vente ainsi que la transcription qui en a été la suite ont été le résultat d'un concert frauduleux caractérisé par des manœuvres dolosives, organisées par le sieur Coquerel, la dame Fromage et son mari dans le but de dépouiller le sieur Dumoulin du bénéfice de son contrat. » La Cour de cassation confirma d'ailleurs sa jurisprudence dix ans plus tard, dans l'affaire Ali Antoine (2).

Pour la période postérieure au 1^{er} janvier 1856, je n'ai cité que des décisions relatives à la transcription des aliénations à titre onéreux, mais les décisions relatives à la transcription des aliénations à titre gratuit sont très nombreuses. Les Cours d'appel de Paris (2 mai 1860), de Bordeaux (25 mai 1869), de Pau (29 mars 1871), de Caen (20 juillet 1874), de

1. D. 1894.1.342.

2. Chambre des Requêtes, 29 février 1904. D. 1905.1.7.

Toulouse (19 août 1880), d'Agen (5 novembre 1888) et de la Cour de cassation elle-même (5 juillet 1882 et 22 octobre 1889) ont toujours statué que, conformément à l'article 1071 du Code civil, la simple connaissance que pouvait avoir un tiers acquéreur, lors de son contrat, de la donation non transcrite, ne pouvait lui enlever le droit d'opposer au donataire le défaut de la publicité, que seule une fraude caractérisée de sa part pouvait avoir cet effet.

Il est à remarquer que dans tous les cas où les tribunaux annulent pour cause de fraude une seconde aliénation d'un même immeuble, quoiqu'elle fût transcrite la première, il y a fraude contre un acquéreur à titre onéreux, qu'au contraire dans la plupart des cas où la jurisprudence admet que la simple connaissance n'empêche pas un tiers intéressé de se prévaloir du défaut de publicité, il y a fraude contre un acquéreur à titre gratuit. Est-ce à dire que la règle n'est pas la même en matière de transcription des actes à titre onéreux et à titre gratuit ? Faut-il en conclure que quelqu'un peut opposer le défaut de transcription à un donataire malgré sa mauvaise foi, tandis qu'il ne le pourrait contre un acheteur qu'en étant de bonne foi ? On serait tenté de le supposer, et l'on pourrait peut-être faire valoir des raisons historiques : une différence de but ayant motivé la transcription des donations et la transcription des actes à titre onéreux motiverait encore une différence d'application. La raison qui a déterminé la création de l'insinuation d'où dérive la transcription des donations n'est pas celle qui a inspiré le législateur de 1855. Dans notre droit moderne, la transcription est uniquement une mesure de publicité, destinée à protéger les tiers, l'insinuation au contraire était également destinée à éviter les donations qui seraient

faites pour des motifs peu avouables, on espérait que des personnes, qui auraient volontiers fait certaines libéralités en secret, hésiteraient à les faire publiquement. L'insinuation avait pour but non seulement la protection des acquéreurs postérieurs, mais aussi de la famille du donateur : c'est pourquoi l'ordonnance de 1731 autorisait en termes formels les héritiers et légataires à titre universel du donateur à se prévaloir de l'absence d'insinuation. Ces considérations n'ont pas été sans influence après la rédaction du Code civil : n'expliquent-elles pas encore maintenant la tendance des magistrats à considérer que la transcription des donations ne peut être remplacée par aucun équivalent ? Je ne le crois cependant pas. Les raisons qui rendent nécessaires la transcription sont de nos jours les mêmes que celles qui motivent la transcription des mutations à titre onéreux, il y a bien longtemps que la différence, qui a pu exister au début, s'est effacée. La transcription des donations est considérée comme destinée simplement à la protection des tiers, et une jurisprudence déjà ancienne assimile les héritiers et légataires universels au donateur lui-même et leur méconnaît le droit d'invoquer le défaut de transcription.

Le principe doit donc être le même pour les actes onéreux ou gratuits. Il n'y a aucune bonne raison de distinguer : la généralité des termes de l'article 3 de la loi du 23 mars 1855 ne le cède en rien à celle de l'article 941. Si l'on étend l'application de l'article 1071 aux donations ordinaires, pourquoi ne pas admettre la même extension à toutes les mutations de propriété quelles qu'elles soient ? Il est étrange assurément qu'aucun arrêt jusqu'alors n'ait retiré à un individu le droit d'opposer le défaut de transcription d'une donation pour cause de fraude, que tous

les jugements aient cru devoir reconnaître dans les agissements de la personne qui a traité avec le donateur après la donation, qu'une simple connaissance de la donation et non une fraude susceptible de vicier le contrat. Simple coïncidence peut-être ! Mais n'est-ce pas plutôt une tendance des magistrats à se montrer moins soucieux des intérêts d'un donataire que d'un acheteur. La vieille opposition de celui *qui certat de lucro captando* et de celui *qui certat de damno vitando* domine encore la pensée de nos juges à l'heure actuelle. On peut critiquer cette tendance, prétendre que le donataire cherche non pas à obtenir un gain, mais à conserver un gain, qu'il s'efforce donc aussi bien que l'acheteur de préserver son patrimoine d'une perte ; on peut mettre en lumière la légitimité de la libéralité qui a été faite ; certes, souvent la donation n'est que la récompense acquise par des services rendus, par des sacrifices consentis, par de nombreux témoignages d'une sympathie sincère et d'une amitié profonde ; tout cela est bien souvent plus appréciable qu'une somme d'argent. Mais tous les efforts entrepris en ce sens seront très probablement infructueux : le spectacle de quelques donations obtenues par captation ou par des moyens peu recommandables a suffi à établir un préjugé défavorable aux donataires. Ainsi s'explique l'absence d'arrêts ayant admis une fraude caractérisée contre un donataire, empêchant celui qui l'a commis de jouir de l'antériorité de sa transcription. Mais les manœuvres frauduleuses doivent être réprimées aussi bien lorsqu'elles sont pratiquées contre un donataire que contre un acheteur : il est facile de s'en rendre compte en lisant les motifs des arrêts qui montrent clairement que, si en fait les juges protègent plus efficacement les acheteurs que

les donataires, en droit ces deux sortes d'acquéreurs doivent être mis sur le pied d'égalité.

23. Comment peut-on expliquer cette répression de la fraude, telle qu'elle a été établie par nos tribunaux ? La jurisprudence ne l'indique pas. Elle se borne à déclarer maintes fois que « la fraude fait exception à toutes règles ». Mais ce n'est là que la traduction de l'adage *fraus omnia corrumpit* : or j'ai déjà montré qu'il ne faut pas voir dans cette formule une règle légale, que ce n'est qu'une règle de morale, et que, pour qu'elle soit sanctionnée par le droit, il faut que les juges recherchent et trouvent dans nos textes une cause de nullité du contrat frauduleux qui soit vraiment légale.

Cette cause de nullité, certains auteurs ont cru la découvrir dans l'article 1167. Les nombreuses décisions de la jurisprudence que j'ai examinées ne seraient que des applications de l'action paulienne (1).

Le premier acquéreur par l'effet de son contrat est devenu créancier de la chose vendue. La vente est valable par le seul consentement des parties ; il est vrai que cette vente n'ayant pas été transcrite n'est pas opposable aux tiers. Pour eux elle est inexistante. Mais il serait faux de déduire de cette inexistence qu'il n'y a rien, que la situation est semblable à celle qui existerait si aucune vente n'avait été conclue. Cette inexistence n'est que relative : entre les parties, la vente est efficace et doit produire ses effets : le vendeur s'est obligé à transmettre la propriété de l'immeuble à l'acheteur, et à

1. Voir particulièrement la remarquable étude de M. Grouber sur l'extension par la jurisprudence moderne de l'action paulienne, en particulier en cas de fraude contre un acquéreur d'immeuble et contre un créancier hypothécaire (Grouber, *De l'action paulienne en droit français contemporain*. Thèse Paris, 1913).

le maintenir en possession. Mais pour qu'il tienne cet engagement, il faudrait que le second acquéreur abandonne l'immeuble ; or la vente ne peut lui nuire, à son égard l'immeuble a toujours appartenu au vendeur. Ce dernier s'est mis par son fait dans l'impossibilité de remplir l'obligation qui le lie au premier acquéreur. Il doit garantie, il est responsable de son dol. La vente n'a pu produire le transfert de la propriété, mais les autres effets du contrat peuvent se produire, un rapport d'obligation se formera entre le vendeur et l'acheteur, rapport d'obligation qui comme les autres de ce genre ne produit pas d'effets au profit ou contre les tiers, en vertu du caractère relatif des conventions : la vente n'est pas opposable aux tiers comme transférant la propriété en vertu de l'article 3 de la loi du 23 mars 1855 et comme productive d'obligations en vertu de l'article 1165 du Code civil, qui décide que les conventions n'ont d'effets qu'entre les parties contractantes, elles ne nuisent, ni ne profitent aux tiers. La vente simplement créatrice d'obligation existe à l'égard de tout le monde, l'acheteur est créancier de la chose, le vendeur débiteur, mais elle n'existe que comme créatrice d'obligations, que comme contrat, et elle doit recevoir l'application des règles communes régissant les effets des conventions à l'égard des tiers. Or si le Code dans l'article 1165 nous dit que les conventions n'ont pas d'effets à l'égard des tiers, il nous indique deux exceptions dans les articles 1166 et 1167. Ces exceptions doivent recevoir leur application dans toutes les conventions, même dans celles relatives au transfert de propriété des immeubles. La vente, simple contrat, n'est pas opposable aux tiers, de même qu'une convention ordinaire n'est pas opposable aux tiers ; néanmoins, dit l'article 1167, ceux-ci devront subir

l'annulation des actes qu'ils ont conclus avec le débiteur lorsque ces actes auront été passés en fraude des droits du créancier. Cette disposition est générale, elle ne souffre aucune dérogation. La vente n'a pu rendre l'acheteur propriétaire ; elle le rend tout au moins créancier : première condition nécessaire pour qu'il puisse intenter l'action paulienne.

La seconde condition exigée est la fraude du débiteur. N'y a-t-il pas fraude évidente dans le fait de celui qui vend une chose qu'il a déjà vendue. Peu importe que l'on exige pour constituer la fraude l'intention de nuire ou seulement la connaissance du préjudice subi par le créancier : l'intention de nuire elle-même est facile à découvrir dans notre hypothèse ; non seulement le vendeur a eu connaissance du préjudice qu'il causait au premier acheteur, mais encore il n'est pas déraisonnable de supposer que, dans la plupart des cas, il a traité avec un second acheteur pour empêcher le premier de devenir propriétaire : les arrêts ne parlent-ils pas tous de concert frauduleux en vue d'évincer le premier acheteur ? Le vendeur est nécessairement de mauvaise foi et commet une fraude évidente. On a bien imaginé quelques hypothèses où le vendeur serait de bonne foi, soit que la première vente ait été conclue par une personne défunte dont il serait l'héritier ou le légataire universel, soit qu'elle ait été consentie par un mandataire qui ne lui aurait pas rendu compte assez tôt de l'exécution du mandat. Il est certain que ces hypothèses ne sont pas purement théoriques et qu'elles peuvent se présenter dans la pratique. Mais alors, il faudrait en conclure que le vendeur n'a pas commis de fraude, que par suite la seconde vente est inattaquable et doit être maintenue, si elle a été transcrite la première.

Le préjudice existera toujours, car par suite de l'acte déloyal du vendeur, le premier acheteur ne peut se rendre propriétaire de l'immeuble. Il en est créancier, il a le droit d'exiger que son débiteur le mette en jouissance de l'immeuble vendu et le maintienne en jouissance. Par son fait, le vendeur s'est mis dans l'impossibilité de remplir son engagement. Offrirait-il des dommages-intérêts, l'acheteur ne recevrait pas pleinement réparation du dommage. Une somme d'argent ne remplace pas un immeuble. Les immeubles ne sont pas des choses fongibles se trouvant dans le commerce. Il pourra, dit-on, acheter une propriété de même valeur, avec la somme qui lui sera allouée. Mais peut-être, pour des raisons personnelles, désirait-il telle propriété et non pas une autre : il est créancier d'un immeuble et non pas d'une somme d'argent. Tout acte par lequel son débiteur se met dans l'impossibilité de lui fournir l'immeuble qu'il doit lui livrer lui cause donc préjudice.

Si le contrat passé en fraude des droits du premier acquéreur est à titre onéreux, il faut, pour que l'action paulienne soit possible, que le tiers qui a traité avec le vendeur se soit rendu complice de la fraude. Ce n'est qu'à cette condition que son contrat tombe sous l'application de l'article 1167. Or précisément dans l'hypothèse examinée, le second acquéreur s'est associé au vendeur pour commettre le stellionat, il y a eu entente, en vue de nuire au premier acheteur, peut-être même est-ce lui qui a été le promoteur de la fraude, qui a suggéré au vendeur le stratagème, et ce dernier n'a fait qu'acquiescer à ses propositions.

Donc, dit-on, les conditions nécessaires à la recevabilité de l'action paulienne sont toutes remplies :

qualité de créancier en la personne du premier acheteur, préjudice subi par lui, fraude chez le débiteur, c'est-à-dire chez le vendeur, complicité de fraude chez le tiers acquéreur. Grâce à elle, le premier acheteur pourra faire annuler à son égard la vente frauduleuse, l'immeuble sera considéré comme figurant toujours dans le patrimoine du vendeur. Il est à remarquer même que en cas d'insolvabilité, aucun créancier de ce dernier ne pourra prétendre concourir avec lui, faire discuter l'immeuble et se faire payer au prorata de leurs créances respectives, car le créancier qui agit par l'action révocatoire a sur l'objet recouvré un droit propre il est en quelque sorte privilégié, l'acte frauduleux n'étant révoqué que vis-à-vis de lui, et demeurant pleinement valable vis-à-vis de tous autres.

24. Cette thèse qui a été développée avec beaucoup de talent par de très bons jurisconsultes et qui reçoit encore de nos jours l'appui de quelques auteurs, n'a, je crois, qu'une solidité toute apparente. Un examen approfondi permet de constater que trois des quatre conditions nécessaires à la recevabilité de l'action paulienne ne sont pas remplies ou tout au moins que chacune d'elles ne l'est que d'une manière imparfaite. Seule la qualité de créancier en la personne du premier acheteur est incontestable.

Tout d'abord, dit-on, le premier acheteur subit un préjudice. Si l'on entend par ces termes qu'il est lésé dans ses intérêts, que la seconde vente lui cause un dommage, l'empêche de profiter d'un acte juridique valablement conclu, le préjudice est évident. Mais encore faut-il être certain qu'un préjudice quelconque permettre à une personne d'intenter l'action paulienne : or, pour le succès de cette action, il faut que le préjudice consiste dans l'insolvabilité du

débiteur. J'ai déjà indiqué cette nécessité, lorsque j'ai examiné la fraude dans les aliénations de meubles corporels, j'ai cité à l'appui de cette affirmation des décisions de jurisprudence. On oppose il vrai la généralité des termes de l'article 1167 : « les créanciers peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits. » et l'inexistence dans le Code civil d'un article y faisant exception pour le cas envisagé ; on explique l'obligation du préjudice subi par la règle communément admise en procédure pour toutes les actions en justice, et formulée souvent en ces termes : « pas d'intérêt, pas d'action ». Mais on oublie que l'article 1167 n'est que le rappel des principes admis dans notre ancien droit.

Ce n'est pas le Code qui fournit les règles gouvernant l'action paulienne, mais la tradition. Le Code ne fait qu'indiquer que cette action n'a pas été supprimée. Or, dans notre ancien droit, les créanciers n'étaient admis à faire révoquer les actes frauduleux de leur débiteur qu'en prouvant l'insolvabilité de ce dernier, et nos tribunaux statuent toujours dans le même sens. Les termes mêmes de l'article 1167 se retournent contre ceux qui l'invoquent. Il nous dit que les créanciers peuvent attaquer les actes de leur débiteur faits en fraude de leurs droits. De quels droits s'agit-il ? assurément des droits qu'ils ont en vertu de leur qualité de créancier et non des droits qu'ils peuvent avoir à un autre titre. Or le droit d'un créancier est d'exiger l'exécution de ce qui leur est dû, et au besoin de se servir des voies d'exécution que la loi met à sa disposition si le débiteur ne se libère pas volontairement. L'insolvabilité du débiteur seule compromet ce droit et le met dans l'impossibilité de recouvrer

la totalité de sa créance, le contraignant à se contenter d'un simple dividende. Peut-être le débiteur s'était-il obligé à faire quelque chose ou à ne pas faire, et de l'argent ne remplace pas ce fait positif ou cette abstention. Mais l'article 1142 du Code civil nous dit que l'obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur. Donc au cas où l'inexécution est imputable au débiteur, soit qu'elle provienne de son dol, soit qu'elle soit la conséquence d'une simple faute, le droit du créancier d'exiger directement ce qui lui est dû est converti en une indemnité pécuniaire, il y a substitution d'un droit à un autre droit, et la loi elle-même considère que ce changement ne nuit pas au créancier, car l'indemnité sera exactement équivalente à la valeur de ce qui est dû directement, elle représentera l'avantage qu'aurait le créancier à obtenir un paiement conforme à la convention, on tiendra compte pour la fixation de ces dommages-intérêts à la fois de la perte subie (*damnum emergens*) et du bénéfice manqué (*lucrum cessans*). Par suite lorsque le créancier reçoit satisfaction en vertu de ce droit nouveau, on ne peut pas dire qu'il subit un préjudice. C'est ce qui se produit lorsqu'un individu vend successivement à deux personnes un même immeuble, et que le second acheteur transcrit son contrat le premier; le vendeur par l'effet de la première vente est bien devenu débiteur de l'immeuble; par son fait, il a rendu l'exécution de son obligation impossible; il sera tenu de payer des dommages-intérêts. La créance d'un immeuble dont le premier acheteur est titulaire se transformera en une autre créance, une créance de somme d'argent représentative de la créance principale et qui n'est due que subsidiairement, au cas d'inexécution de cette

dernière. Si le premier acheteur obtient satisfaction pour le paiement de la créance subsidiaire, il est désintéressé comme créancier. Or il n'est nullement prouvé que le vendeur soit insolvable ; dans la plupart des cas qui se sont présentés dans la pratique, le vendeur avait un patrimoine suffisant pour lui permettre de verser à celui qui est victime de sa fraude une indemnité satisfaisante. On prétend que cette indemnité ne remplace pas l'immeuble, que le premier acheteur subit malgré tout un préjudice. Sans doute, mais le préjudice, il le subit en tant qu'acqureur et non pas en tant que créancier. Or, il ne faut pas l'oublier, c'est en sa qualité de créancier qu'il pourrait agir par l'action paulienne et non pas en sa qualité d'acqureur. L'acheteur cumule deux rôles différents : en sa qualité d'acqureur il jouira de certains droits, mais non de l'action paulienne, en sa qualité de créancier, il jouira des droits que l'on accorde à tous les créanciers, mais de droits qui ne seront pas plus étendus, et seulement s'il remplit les conditions que l'on exige normalement des autres créanciers. Aux créanciers ordinaires, l'action paulienne n'est accordée que si l'acte frauduleux de leur débiteur les empêche de recevoir leur paiement en nature ou en valeur. Pour l'acqureur d'un immeuble, il doit en être de même.

Quant à la fraude du vendeur, que faut-il en penser ? On a prétendu que tous les arrêts l'exigeaient. La jurisprudence, dit-on, distingue suivant que la mauvaise foi existe seulement chez le tiers acqureur, en ce cas il y a simple connaissance, ou que la mauvaise foi existe chez le vendeur et chez le tiers acqureur, en ce cas il y a concert frauduleux. Les tribunaux n'annulent la seconde aliénation transcrite la première qu'au cas où il y a concert fraudu-

leux, c'est-à-dire qu'au cas où non seulement le second acquéreur connaissait la première aliénation quoique non transcrite, mais encore où le vendeur savait qu'en consentant une seconde aliénation, il causait préjudice au premier acheteur. N'est-ce pas la condition essentielle de l'action paulienne ? Mais je crois qu'il y a là une fausse interprétation de la jurisprudence : je ne pense pas que, pour annuler l'acte frauduleux, il faille distinguer suivant que l'acheteur seul est de mauvaise foi ou que le vendeur et l'acheteur le sont tous les deux, que dans la première hypothèse il faille appliquer l'article 1071 et dans la seconde l'article 1167. Ce n'est pas là le critérium de la distinction de la simple connaissance et de la fraude. Il peut se faire que le second acquéreur seul ait connaissance de la première aliénation, et que l'on doive admettre qu'il y a fraude susceptible d'annuler l'acquisition, que par contre le vendeur et l'acheteur soient tous les deux de mauvaise foi et que cependant on ne puisse pas relever les éléments constitutifs de la fraude et que l'article 1071 doive être appliqué. Ce n'est pas dans la distinction de la mauvaise foi unilatérale ou bilatérale qu'il faut rechercher le critérium de la fraude et de la simple connaissance, mais dans l'état d'esprit et les agissements du second acheteur. Il y aura fraude lorsque le second acquéreur aura joué un rôle actif, lorsqu'il aura commis des manœuvres dolosives, lorsqu'il aura été l'instigateur de l'acte consenti au mépris des droits du premier acquéreur, lorsque, par ses sollicitations pressantes, il a déterminé le vendeur à lui consentir la vente de l'immeuble déjà vendu, lorsque, selon l'expression même de Furgole, « il a incité le donateur à vendre ou donner de nouveau les biens déjà donnés ? Au contraire, il n'y aura pas fraude,

s'il a joué un rôle purement passif, lorsque le vendeur lui a proposé lui-même la vente de l'immeuble, ou le lui a offert à titre de libéralité, et qu'il s'est borné à accepter quoique ayant connaissance de l'aliénation antérieure, lorsque l'immeuble déjà vendu ayant été mis aux enchères, il s'en est rendu adjudicataire. Dans ces hypothèses, on ne peut pas dire qu'il a commis un acte illicite, il n'a rien fait pour provoquer l'acte commis en fraude des droits du premier acquéreur, il peut alors invoquer le défaut de transcription, car « il ne fait que profiter d'un avantage que lui accorde la loi ». C'est suivant le degré de l'immoralité de l'acte du second acquéreur qu'il y aura lieu d'annuler ou de maintenir la seconde vente et non suivant l'immoralité de l'acte du vendeur. On prétend que chaque fois que les tribunaux annulent une seconde vente d'un immeuble quoique transcrite la première, ils constatent la mauvaise foi du vendeur et la complicité chez le tiers acquéreur. C'est souvent exact; mais c'est que le cas de mauvaise foi de la part du second acquéreur seul, est très rare. Dans la plupart des cas, le vendeur a connaissance de la première vente déjà consentie; les deux hypothèses imaginées, vente conclue par un mandant ou un héritier au mépris d'une première aliénation inconnue d'eux faite par le défunt ou le mandataire, sont des hypothèses qui, il faut bien l'avouer, sont de réalisation bien difficile; il faut un concours de circonstances qui sera rarement l'effet du hasard. Il n'est donc pas extraordinaire qu'un conflit aussi exceptionnel n'ait pas été soumis à l'examen des tribunaux. Mais je crois qu'il serait bien téméraire de prétendre que, si ce fait se produisait, les juges maintiendraient certainement la seconde vente dans tous les cas.

Si on lit attentivement les arrêts, on s'aperçoit en effet facilement que les motifs sont conformes à la thèse que je soutiens. L'état d'esprit du second acquéreur lorsqu'il a traité, le rôle joué par lui dans l'accomplissement de la spoliation, sont minutieusement recherchés, au contraire l'état d'esprit du vendeur reste au second plan ; les juges constatent sa mauvaise foi comme une circonstance tout à fait accessoire. Dans l'arrêt Hunant, du 25 mars 1858, la Cour de Rennes constate que « Jean-Marie Hunant ayant eu connaissance de la vente des biens immobiliers faite par René à Sébastien, et jaloux des avantages qui en pourraient résulter pour Sébastien, s'est rendu auprès de René et après s'être assuré que cette vente n'avait pas été soumise à la formalité de la transcription, a persuadé celui-ci, en lui offrant un prix plus élevé, de consentir à son profit une seconde vente des mêmes biens, dans l'intention et le but avoué de prévenir à la transcription de la première, et d'en détruire les effets à son profit ; qu'il s'est rendu ainsi sciemment l'instigateur et le complice d'un stellionat ». Par contre, silence complet sur les agissements du vendeur. C'est ensuite l'arrêt de Grenoble, du 14 août 1869, qui déclare qu'il ressort des preuves fournies par les parties que le second acheteur « a fait son acquisition en connaissant la vente précédente, dans le but de paralyser les effets de cette vente, de priver le premier acheteur des avantages qu'il pouvait y trouver et de se procurer lui-même ces avantages au mépris d'une aliénation consommée » ; et la Cour qualifie ces faits de la part du tiers acquéreur : « d'acquisition intentionnelle de la chose d'autrui, tentative de spoliation, acte patent de mauvaise foi. » Au contraire d'après les termes mêmes de cet arrêt le vendeur « a pu être, jusqu'à un cer-

tain point et par suite de son inexpérience, abusé sur la faculté qu'il avait cru avoir de faire une vente nouvelle, il a été trompé par des manœuvres de Petit (tiers acquéreur)... il a été entouré d'influence qui ont pu l'égarer et lui faire méconnaître et violer des engagements sérieusement contractés, il a été aveuglé par l'intervention abusive du second acheteur ». N'est-ce pas dire que le vendeur a agi par erreur, et non par fraude, qu'il n'a pas eu l'intention de nuire au premier acheteur ?

La même constatation pourrait être faite dans le jugement du tribunal de Montélimar du 20 mars 1869, confirmé par la Cour de Grenoble le 11 décembre 1869, ce jugement déclarant expressément que, pour qu'une seconde vente transcrite la première soit annulée, il faut « que le second acquéreur ait joué un rôle actif dans la préparation et la consommation de la fraude, qu'il en ait été l'instigateur » et constatant qu'en fait le tiers acquéreur « a manœuvré pour obtenir à son profit une seconde aliénation ». L'arrêt de la Cour de cassation du 21 juillet 1885 met également en lumière le rôle actif du tiers acquéreur.

Si donc un certain nombre d'arrêts parlent d'un concert frauduleux entre le vendeur et l'acheteur, je ne crois cependant pas qu'il faille considérer cette circonstance comme une condition *sine qua non* de l'annulation du contrat frauduleux. C'est le rôle actif de l'acheteur qui doit en être la cause déterminante. Et d'autre part, on pourrait citer bon nombre d'arrêts principalement en matière de donations où il est certain que le donateur et l'acheteur ou donataire postérieur ont été tous deux de mauvaise foi, qui, malgré cela, décident qu'il n'y a pas concert frauduleux mais simple connaissance du tiers acquéreur.

C'est que dans ce cas le tiers acquéreur a joué un rôle purement passif, n'engageant pas sa responsabilité. Tous les arrêts qui ont statué en matière de donations ont maintenu l'acte passé par un second acquéreur en connaissance de cause, or il est très rare que le donateur ou ayant cause du donateur aliène des biens déjà donnés, dans l'ignorance de la donation faite.

Donc la fraude du vendeur ou donateur si elle existe souvent, n'existe pas toujours : elle n'est pas une condition déterminante de l'annulation de l'acte passé au mépris de droits déjà transférés à autrui ; il peut se faire qu'elle existe et que l'acte soit validé, il peut se faire par contre qu'elle n'existe pas et que l'acte soit annulé. Elle ne constitue qu'un élément accessoire nullement décisif pour la solution de la difficulté. De plus, il résulte de ces considérations que la complicité de fraude n'est pas entendue de la même façon que lorsqu'il s'agit d'actes commis au mépris des droits d'un créancier. En matière d'action paulienne, la doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour reconnaître que le tiers est *consciens fraudis* par cela seul qu'il a eu connaissance du préjudice que l'acte fait par le débiteur cause au créancier. En matière de fraude dans les transferts d'immeubles, on se montre plus exigeant, et on recherche pour prononcer l'annulation de l'acte frauduleux un fait direct du tiers dans la fraude commise, une participation active.

D'ailleurs lorsque l'acte passé en fraude des droits d'un acquéreur est une libéralité, on devrait logiquement admettre la nullité sans exiger de participation à la fraude ; même lorsque le donataire est de bonne foi, la donation devrait être annulée. Quel-

ques auteurs, en particulier M. Biville (1), n'ont pas reculé devant cette conséquence extrême. Voilà donc un donataire de bonne foi, qui a transcrit son contrat d'acquisition, qui a accepté la libéralité connaissant la solvabilité de son bienfaiteur, et qui malgré tout se trouve évincé par un acheteur qui s'est montré négligent, et qui ne s'est pas soumis aux exigences de la loi ! C'est une solution qui devrait être qualifiée d'injuste et d'inique si elle n'était illégale. Le donataire est certainement un tiers qui a acquis des droits sur l'immeuble, et puisqu'il les a conservés en se conformant aux lois, comment peut-on lui refuser la faculté d'invoquer le défaut de transcription ? Il est impossible d'accepter des dérogations à la loi, même lorsque les tiers sont de bonne foi. Le sacrifice du donataire, dira-t-on, est accepté sans grande critique, vis-à-vis d'un créancier, pourquoi serait-il plus injuste de le sacrifier vis-à-vis d'un acheteur ? Il est vrai que le donataire peut se trouver évincé en vertu de l'action paulienne quoiqu'il n'ait participé à aucune fraude, mais les deux situations ne sont pas semblables. Lorsqu'il s'agit d'une donation faite, en fraude des droits d'un créancier, à un donataire de bonne foi, on se trouve en présence de deux personnes qui n'ont accompli aucune négligence, qui ne peuvent encourir aucun reproche. Par suite de considérations spéciales, le créancier est préféré ; mais c'est qu'il ne pouvait pas éviter la fraude de son débiteur, la loi ne lui fournissait pas les moyens de la déjouer, aussi, une fois la fraude commise, elle lui donne une ressource suprême, elle l'autorise à intenter une action permettant de

1. Biville, *les Conséquences de la mauvaise foi du second acquéreur d'un immeuble qui a transcrit son contrat le premier* (*Revue de droit usuel*).

remettre les choses en l'état où elles étaient avant l'acte frauduleux. Au contraire, l'acheteur, dans notre hypothèse s'est montré négligent, la loi lui fournissait un moyen facile d'éviter toute fraude, de rendre ses droits inviolables : la transcription. Son retard a permis la fraude de s'accomplir ; il ne peut se plaindre de la perte qu'il subit, il ne peut s'imputer qu'à lui-même les conséquences de son manque d'empressement, et ne peut en faire ressentir le contre-coup à un donataire qui s'est conformé strictement aux ordonnances de la loi, et a agi de bonne foi. C'est ce qu'a pensé la Cour de Pau, qui, dans un arrêt du 29 mars 1871 (1), accorde le droit d'opposer le défaut de publicité à un donataire connaissant la première aliénation, et déclare que, sauf le cas d'une fraude à laquelle il aurait participé, on n'est pas admis à établir qu'il a connu la mutation par une autre voie.

L'iniquité apparaît plus évidente encore s'il est possible lorsque la fraude est commise contre un donataire par le donateur qui donne une seconde fois l'immeuble déjà donné. Le conflit s'élève entre deux donataires : le premier n'a transcrit qu'après le second. Si l'action paulienne peut être exercée par un acquéreur, il faut admettre que le premier donataire pourra faire annuler la donation faite en fraude de ses droits. Ce serait une véritable prime à la négligence. M. Biville cherche à éviter cette conséquence qui froisse le simple bon sens : « Lorsque le tiers est lui-même un donataire, dit-il, il n'est exposé à l'action paulienne dirigée contre sa donation par le premier donataire que s'il est complice de la fraude commise par le donateur lors de la seconde dona-

1. D. 271.2.245.

tion car les deux donataires sont tous deux sur le même pied, et en l'absence de transcription par le premier, la fraude du second est le seul motif qu'il y ait de sacrifier celui-ci ». Mais la complicité de fraude est ou non exigée selon la nature du titre du tiers qui est défendeur à l'action paulienne et non selon la qualité de celui qui l'intente : le demandeur est nécessairement créancier, que ce soit en vertu d'un contrat à titre onéreux ou gratuit, peu importe. Il n'y a pas plusieurs sortes de créanciers. Le donataire n'est-il pas un créancier du donateur au même titre que l'acheteur est créancier du vendeur, la promesse de donner n'est-elle donc plus valable en droit français lorsqu'elle est faite dans la forme légale ? On peut faire une distinction entre les acquéreurs à titre gratuit, et les acquéreurs à titre onéreux, mais les créanciers ne peuvent être partagés en deux groupes de ce genre. Or c'est en qualité de créancier que l'on peut intenter l'action paulienne ; lorsque l'on demande l'annulation d'actes frauduleux au moyen de cette action, il n'y a plus ni donataire, ni acheteur, il y a simplement un créancier lésé par les contrats passés par son débiteur.

25. Trois des conditions nécessaires pour intenter l'action paulienne sont donc remplies d'une façon défectueuse : préjudice, fraude de l'aliénateur, complicité de fraude chez le tiers acquéreur (1). Par

1. M. Grouber, tout en admettant qu'il faut voir uniquement dans l'action tendant à annuler une seconde aliénation frauduleuse un cas d'action paulienne, reconnaît lui-même qu'il y a des différences notables entre l'action paulienne destinée à réprimer la fraude contre les créanciers et l'action paulienne destinée à réprimer la fraude contre les acquéreurs, et en signale trois principales relatives à l'insolvabilité du débiteur, à la condition de la fraude et à la notion de la complicité de fraude. Mais, selon M. Grouber, ces différences s'expliqueraient par la différence des droits de

suite, j'estime préférable la thèse de ceux qui croient trouver dans l'article 1382 du Code civil l'arme apte à réprimer la fraude contre les acquéreurs d'immeubles (1). S'il est vrai de dire qu'il n'y a pas délit à profiter d'un avantage offert par la loi, cet avantage fut-il compensé par une perte corrélative dans le patrimoine d'autrui, il serait faux de prétendre qu'on puisse, sans engager sa responsabilité, provoquer par son propre fait un concours de circonstances, qui permettent d'obtenir un enrichissement au détriment d'autrui, sans qu'on se mette ouvertement en conflit avec les règles légales, détourner la loi de son but pour la transformer en une faveur et un privilège

ceux qui intentent l'action révocatoire : les créanciers chirographaires ont pour gage tous les biens du débiteur, les créanciers à gages spéciaux ont plus particulièrement pour sûreté quelques biens qui sont affectés au paiement de leur créance. L'action paulienne des créanciers à droits ou à gages spécialement déterminés serait, elle aussi, subordonnée à la condition de l'insolvabilité, mais il s'agirait là d'une insolvabilité qui s'apprécierait *in specie*, relativement aux biens formant l'objet ou servant de gage spécial à la créance du demandeur à l'action paulienne. Les deux autres différences ne seraient que la conséquence de cette première ; la fraude s'apprécierait toujours eu égard au caractère immoral de l'acte à raison de la connaissance par le débiteur de son état de fortune, seulement la circonstance dont la connaissance devait retenir le débiteur de la passation de l'acte attaqué serait, dans le cas de l'action paulienne ordinaire, son insolvabilité générale, et dans le cas de l'action paulienne spéciale, son insolvabilité relativement aux biens affectés spécialement à la garantie de la créance, dont se prévaut le demandeur à l'action paulienne. Quant à la complicité de fraude, ce serait toujours la connaissance par le tiers de la fraude du débiteur, mais l'objet de la connaissance ne serait pas dans les deux cas identique (V. thèse Grouber, chapitre XV, par. 282 à 286).

1. Rivière et Huguet, *Questions théoriques et pratiques sur la transcription en matière hypothécaire*, n° 187. — Aubry et Rau, par. 209. — Lyon-Caen, note sous l'arrêt de Cassation du 27 novembre 1893. — Huguenet Pierre, *Responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, thèse Dijon, 1910.

pour les uns, une injustice pour d'autres. Le préjudice subi sera non plus le résultat de la loi, mais le résultat des agissements dolosifs, de la fraude, pour employer le mot dont se servent les arrêts, du tiers, le mot fraude avant ici le sens de délit civil. Or l'article 1382 veut que quiconque a causé un dommage répare ce dommage. Celui qui, par ses manœuvres, empêche le premier acquéreur d'un immeuble de profiter de son acquisition légitime, doit subir la loi commune ; il devra réparer. Lorsque l'immeuble n'a pas été aliéné par lui à un sous-acquéreur, lorsqu'il en est encore détenteur, il devra réparer en nature. J'ai déjà dit que cette réparation directe n'a rien de contraire aux textes ; le meilleur moyen qu'il a à sa disposition d'indemniser pleinement sa victime, est de renoncer à ses droits sur l'immeuble. Cette doctrine est en parfaite harmonie avec la jurisprudence ; puisque l'annulation de la seconde vente ou donation transcrite la première n'est que la réparation d'un délit commis par le tiers acquéreur, peu importe qu'il y ait fraude ou non de la part du vendeur ou donateur, il suffit qu'il y ait dommage causé par le fait de celui que l'on prétend responsable. Ainsi s'explique le fait que la jurisprudence s'occupe beaucoup moins de la mauvaise foi de l'aliénateur que de la mauvaise foi du deuxième acquéreur. Puisque c'est ce dernier qui est accusé d'avoir commis un acte préjudiciable dont il doit réparation, toute l'attention des juges doit se concentrer vers la recherche et l'examen de ses actions, peu importe les actions d'autres personnes qui ne sont pas directement attaquées.

Quant à la solvabilité du vendeur, elle ne sera d'aucun intérêt dans le procès. Peu importe que le vendeur puisse verser une indemnité au premier acheteur, un préjudice quelconque permettant à celui qui

le subit d'en réclamer réparation à celui qui l'a causé.

Un seul obstacle un peu sérieux peut être dressé contre cette thèse : comment se fait-il que le premier acheteur, au cas d'insolvabilité du tiers acquéreur, ait un privilège sur l'immeuble. L'article 1382 ne confère aucun droit de préférence, la victime du dommage est seulement créancier de l'auteur du dommage, créancier dépourvu de sûreté spéciale. Ne doit-on pas conclure que le premier acheteur est créancier chirographaire du tiers acquéreur coupable de fraude, que au cas d'insuffisance d'actif, il devra subir le concours des autres créanciers sur le prix de l'immeuble, dont la licitation ne pourrait être évitée ? Il faudrait alors reconnaître que, dans bien des cas, le moyen employé n'est pas à la hauteur de la tâche, et que souvent il n'obtient pas pleinement le but que l'on cherche à atteindre : chaque fois que le tiers sera insolvable, le premier acquéreur devrait se contenter d'une somme d'argent. L'objection est sérieuse, mais elle n'est pas irréfutable. Certes on ne peut se contenter d'une demi-réparation, mais il n'est pas démontré qu'on ne puisse pas obtenir au moyen de l'article 1382 une réparation complète. Tout d'abord chaque fois que le premier acheteur sera en possession de l'immeuble et que le second acquéreur le poursuivra par l'action en revendication, il pourra lui opposer le droit de rétention, qui est accordé très largement par nos tribunaux ; on n'exige pas entre les parties de rapports contractuels, et on se contente de la condition traditionnelle du *debitum cum re junctum*. J'avoue cependant que ce moyen se heurte à de graves imperfections : en premier lieu, ce n'est pas toujours le premier acquéreur qui est détenteur de l'immeuble, et d'autre part si le droit de rétention équivaut en fait à un privilège, ce n'est qu'un privilège de fait,

le droit de rétention s'exerce *jure pignoris* et non *jure indemnitis*. En droit le premier acquéreur n'aura toujours qu'une créance réduite à la valeur d'une portion de l'immeuble. Aussi n'est-ce pas grâce au droit de rétention qu'il faut expliquer la préférence donnée au premier acheteur sur les autres créanciers, mais grâce au principe admis unanimement que celui qui doit la garantie ne peut évincer. Notre droit considère qu'il est préférable de prévenir un dommage que de le réparer. Par suite, celui qui a qualité pour exercer une action en revendication sera malgré cela repoussé par l'exception péremptoire de garantie, s'il est tenu d'indemniser le possesseur de l'éviction soufferte au cas où sa revendication serait accueillie avec succès. Le second acquéreur qui a transcrit le premier est dans une situation absolument semblable à celle du garant qui, en vertu d'un titre quelconque, pourrait réclamer utilement une chose au possesseur à qui il doit la garantie ; la priorité de la transcription de son titre lui permet assurément de se prétendre propriétaire de l'immeuble, mais d'autre part, ses manœuvres frauduleuses l'obligent à indemniser celui qui serait évincé par suite de sa revendication ; mieux vaut prévenir que réparer ; il ne pourra exercer l'action qui, dans une situation normale, lui serait accordée. L'article 941 ne contient-il pas un exemple de ce principe, en matière de transcription : il refuse le droit d'opposer le défaut de transcription à toutes les personnes chargées de faire faire la transcription pour le compte d'un incapable. Et cependant si le tuteur ou le mari sont devenus créanciers ou acquéreurs à titre particulier du donateur, ils devraient avoir ce droit, mais par contre devraient être déclarés responsables de leur négligence dans l'administration du patrimoine d'autrui dont ils ont

la charge. La loi a jugé plus simple de les empêcher de commettre le dommage qu'ils devraient ensuite réparer. Cette disposition doit s'appliquer à tous ceux qui ont un titre leur permettant de se prévaloir du défaut de transcription, mais qui, s'ils agissaient, devraient réparer le préjudice qu'ils occasionnent, par leur action, à l'acquéreur qui n'a pas transcrit son contrat.

On a également soutenu que l'explication de la répression de la fraude contre un acquéreur, au moyen de l'article 1382, n'était pas admissible parce qu'elle conduirait à des conséquences injustes au cas de sous-aliénation à des tiers de bonne foi. Si l'action paulienne était applicable, on devrait apprécier les conditions de l'action en la personne même des sous-acquéreurs, et par suite les sous-acquéreurs à titre onéreux ne pourraient être évincés que s'ils étaient complices de la fraude. Rien de plus équitable. Au contraire, dit-on, si l'on applique l'article 1382, les sous-acquéreurs seront évincés même lorsqu'ils seront de bonne foi, s'ils tiennent leurs droits d'un individu qui s'est rendu coupable de fraude. Leur auteur ayant perdu ses droits sur l'immeuble n'a pu les leur transférer valablement : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*. Cette solution serait en effet tout à fait injuste si elle était exacte. Le sous-acquéreur de bonne foi a en effet été induit en erreur par suite de la priorité de la transcription du titre de son auteur, et a pu croire que ce dernier était seul titulaire de droits sur l'immeuble : il mérite d'être protégé. Mais la solution que l'on prétend déduire de l'article 1382 n'est pas la conséquence logique de la responsabilité civile du tiers complice de la fraude. Le second acquéreur qui a été l'instigateur de la fraude contre le premier est tenu de

l'indemniser, et la réparation a lieu en nature, mais cette réparation directe n'existe que lorsqu'elle est possible et qu'elle ne contrevient pas à d'autres règles de droit. Or, lorsqu'il a aliéné l'immeuble, le second acquéreur ne peut réparer le tort causé en renonçant à ses droits sur l'immeuble, puisque ces droits ne sont plus à lui. Selon les termes mêmes de l'article 1238, pour payer valablement il faut être propriétaire de la chose donnée en paiement. Ce n'est qu'au cas où le sous-acquéreur se serait rendu coupable de fraude et où il aurait lui-même facilité et provoqué celle-ci par son fait personnel, qu'il pourrait être poursuivi par le premier acquéreur, par exemple au cas où il se serait entendu avec le second acquéreur et le vendeur pour partager le bénéfice qui pourrait résulter de leur machination scandaleuse. Mais au cas où il n'aurait pas pris une part active à la fraude, au cas où il aurait traité ayant simplement connaissance des circonstances spéciales relatives à l'origine de l'immeuble, et à plus forte raison, au cas où il serait de bonne foi, il ne pourrait être évincé. Les conditions nécessaires à l'éviction d'un second acquéreur qui a transcrit le premier doivent se trouver réunies en sa personne.

26. Il me reste à apprécier brièvement la jurisprudence en cette matière. Y a-t-il lieu de critiquer la distinction, admise couramment par nos tribunaux, de la simple connaissance et de la fraude ; doit-on désirer une évolution de la jurisprudence future dans un sens ou dans l'autre ? Ou au contraire, faut-il approuver cette jurisprudence et souhaiter son maintien ?

Deux thèses extrêmes l'ont combattu, rejetant toutes deux la distinction entre la simple connaissance et la fraude. L'une, qui a été soutenue par

M. Boissonnade, croit que seul le tiers de bonne foi peut se prévaloir du défaut de transcription. L'autre, au contraire, défendue par Mourlon, estime que de deux acquéreurs successifs du même immeuble, celui qui a transcrit le premier son contrat doit être préféré dans tous les cas, et qu'aucune exception ne doit être admise.

Tout le système de M. Boissonnade repose sur sa conception de la transcription : il est faux, prétend-il, que la propriété des immeubles se transfère par le seul consentement entre les parties et par la transcription à l'égard des tiers. Tout le monde admet que le droit réel établit un rapport entre le titulaire d'une part, toutes les autres personnes de l'autre, ces dernières étant tenues d'une obligation purement passive. On ne peut pas, par suite, concevoir que, dans quelques cas, le droit de propriété, droit réel par excellence, ne soit plus qu'un droit relatif, ne lie plus que quelques personnes. Le droit de propriété par sa nature même est un droit opposable à tous, c'est ce qui le distingue du droit personnel qui est purement relatif, qui n'est opposable qu'à un ou plusieurs obligés, sujets passifs nommément déterminés.

Le législateur en établissant la transcription n'a pu transformer la nature du droit de propriété. On pourrait supposer une législation qui exigerait, pour le transfert des droits réels, des formalités spéciales appropriées, mais alors, même entre les parties ces formalités seraient nécessaires ; c'est ce qui avait lieu chez les Romains. Notre droit a abandonné ce formalisme : le transfert par le seul consentement doit nécessairement se produire *erga omnes*. Mais cette transmission occulte des droits immobiliers pourrait avoir les conséquences les plus fâcheuses : les tiers

non avertis seraient exposés à traiter avec des personnes qui se seraient dépouillées de tous droits sur l'immeuble faisant l'objet du contrat. Le législateur n'a pas manqué d'apercevoir le danger. Pour y remédier, il a ordonné que tout contrat translatif de droit réel sur l'immeuble devrait être publié ; un acheteur a-t-il négligé de faire transcrire son contrat, il cause au tiers qui traite postérieurement avec le vendeur, étant dans l'ignorance de la première vente, un préjudice certain : la réparation lui en est imposée par l'article 1382 du Code civil. Les articles 941 du Code civil et 3 de la loi de 1855 ne sont que des applications particulières du principe de la responsabilité civile des délits et des quasi-délits. L'indemnité ne se paie pas nécessairement en argent, elle peut avoir lieu en nature : c'est ce qui se produit dans l'hypothèse d'une vente non transcrite : « l'acquéreur qui n'a pas transcrit, dit M. Boissonnade, a commis un quasi-délit ; il est garant du préjudice qui en résulte pour les tiers qui auraient, depuis son acquisition, traité sur l'immeuble avec l'ancien propriétaire, acquis des droits réels de son chef, ou donné la publicité légale à des actes passés antérieurement. »

La conséquence de cette interprétation de la transcription est intéressante à examiner lorsque le tiers qui invoque le défaut de transcription est de mauvaise foi. On comprend que le tiers de bonne foi puisse se faire indemniser du dommage qu'il souffre par suite du défaut de transcription, on ne comprendrait pas que celui qui a eu connaissance de l'aliénation non-transcrite par une autre voie, puisse se prétendre lésé par suite du manque de publicité et réclame réparation. Par suite la simple connaissance doit être assimilée à la fraude et enlever à quiconque

a agi sciemment, le droit d'invoquer l'antériorité de la publicité de son titre.

Quant à la preuve de la connaissance qu'avait le tiers de l'aliénation non transcrite, elle ne pourra pas se faire par tous les moyens. Seuls l'aveu et le serment seront susceptibles de la fournir. Le législateur en effet en établissant la transcription présume la bonne foi de celui qui transcrit le premier et selon l'article 1352 du Code civil, cette présomption légale ne souffre pas la preuve contraire, si ce n'est celle résultant de l'aveu ou du serment des parties. Ainsi se trouve écarté le péril de la multiplicité des procès sur la connaissance extrinsèque que pourraient avoir eue les nouveaux acquéreurs de la mutation, multiplicité de procès compromettant l'efficacité de la loi elle-même.

Mais on a fort bien répondu à M. Boissonnade que l'explication qu'il fournit sur le mécanisme de la transcription n'est pas exacte historiquement. Il est certain que le législateur a entendu que jusqu'à la transcription le vendeur demeure propriétaire à l'égard de ses ayant cause et puisse disposer valablement. L'article 28 de la loi du 11 brumaire de l'an VII décide que « la transcription prescrite par l'article 26 transmet à l'acquéreur les droits que le vendeur avait à la propriété de l'immeuble ». C'est donc que seule la transcription permettait le transfert de la propriété, tout au moins à l'égard des tiers. Les rédacteurs du Code civil n'ont pas entendu changer ce système en établissant la transcription des donations, et le législateur de 1855 n'a fait que reprendre l'institution telle qu'elle avait été organisée sous le Directoire. Il n'est donc pas douteux que le vœu du législateur a été que la propriété se transfère par le seul consentement entre les parties, mais seulement

par la transcription vis-à-vis des tiers. Il ne le pouvait pas, prétend M. Boissonnade, à cause du caractère réel et absolu du droit de propriété. Mais de ce que le transfert de la propriété ne s'opère pas de la même façon suivant les personnes que l'on envisage, il ne faudrait pas conclure que le caractère de droit réel est détruit. L'aliénation non transcrite ne produit que des effets limités. Il ne faut pas confondre l'existence même du droit et les effets du droit. Quand un droit existe, par cela seul qu'il existe, il doit être respecté de tous, il doit être reconnu par tous, qu'il s'agisse d'un droit réel ou d'un droit personnel : si un rapport d'obligation est formé, pour tous telle personne est débitrice de telle autre, qui est son créancier. Quant aux effets du droit, il n'en est plus de même, le droit personnel en vertu de l'article 1165 du Code civil n'en produit pas contre les tiers, pour le droit réel, il faut distinguer : l'acte constitutif n'a-t-il pas été transcrit, il ne produira pas d'effets vis-à-vis de certaines personnes déterminées par la loi, les créanciers et les tiers acquéreurs selon l'article 941 du Code civil, les tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant aux lois, selon la loi de 1855. Au contraire, l'acte constitutif a-t-il été transcrit, alors le droit réel aura la plénitude de ses effets, qui se produiront *erga omnes*. Il n'y a pas là atteinte au caractère absolu du droit de propriété, mais seulement limitation du nombre des personnes qui sont sujettes à subir ses effets.

D'autre part, si la thèse de M. Boissonnade était exacte, la simple connaissance d'une première aliénation rendant celui qui traite postérieurement avec l'aliénateur coupable de fraude, on ne devrait pas restreindre la preuve de cette mauvaise foi à l'aveu

et au serment, car en fait de fraude, toute preuve quelconque tant par témoins que par présomptions de l'homme doit être admise (art. 1348 et 1353). Or il est inutile d'insister sur les multiples dangers que présenterait un pareil système.

La vérité est donc que la transcription est nécessaire pour opérer le transfert de la propriété vis-à-vis des tiers, qu'elle constitue une condition essentielle de l'aliénation, que l'inopposabilité des actes non transcrits n'est que la conséquence du vice de l'aliénation et du défaut d'une formalité nécessaire et non la réparation d'un quasi-délit, que par suite la formalité établie par la loi ne peut être remplacée par aucune autre. Sans doute, on pourrait concevoir une législation qui adopterait un système de publicité semblable à celui qui est proposé, où la convention des parties transférerait la propriété *erga omnes*, où l'acquéreur serait tenu de faire transcrire son contrat en vertu d'un ordre impératif de la loi, où la sanction de cet ordre serait l'obligation de ne pas se prévaloir de son contrat et par suite d'être dans l'impossibilité d'évincer. Mais en présence des précédents historiques, des travaux préparatoires, et des textes législatifs, il faut bien reconnaître que ce n'est pas le système qui a été adopté par le législateur français.

Le deuxième système extrême combattant la jurisprudence a été soutenu principalement par Mourlon. La préférence entre deux acquéreurs du même immeuble se règle d'après l'ordre des dates de la transcription : aucun tempérament à cette règle n'est recevable. Admettre l'exception de la fraude, c'est détruire la règle elle-même, car acheter ou accepter à titre de libéralité une chose que l'on sait déjà vendue constitue nécessairement une fraude.

« Le vendeur, écrit Mourlon, qui vend à un second acheteur l'immeuble acheté par un premier acheteur fait un acte de la plus mauvaise foi. Le second acheteur qui sciemment prête la main à cette spoliation et qui s'y associe sert évidemment de complice au vendeur. Il participe au dol de ce dernier, il y est partie en quelque sorte, puisque sans son concours, la fraude projetée serait impossible. » Par suite si l'on admettait l'exception, on devrait reconnaître que pour opposer le défaut de transcription, il faut être de bonne foi. Or cette solution ne peut être admise vu l'article 1071 du Code civil. On ne peut accuser le tiers qui traite en connaissance de cause de manquer à la bonne foi, car selon la loi, le vendeur est à son égard toujours le vrai propriétaire, il peut donc valablement lui transférer les droits qu'il a encore dans son patrimoine ; comment pourrait-on annuler un contrat qui est conforme aux dispositions légales ? D'ailleurs la loi présume que le contrat non transcrit est ignoré, de même qu'elle présume que le contrat transcrit est connu des tiers. Ces présomptions sont d'ordre public et nulle preuve contraire n'est admise. Elles aboutissent quelquefois à des résultats fâcheux, mais il n'est pas de présomptions légales qui ne conduisent à des solutions véritablement regrettables ; elles n'en doivent pas moins être appliquées rigoureusement, car elles ont été établies dans un intérêt général, il n'y a pas lieu de se préoccuper des résultats injustes qu'elles peuvent avoir dans quelques cas particuliers.

Cette solution, si à vrai dire elle ne se heurte à aucun texte de loi, peut paraître cependant bien rigoureuse. La confusion d'ailleurs dérive de l'interprétation du mot fraude ; si Mourlon croit découvrir dans toute seconde vente du même bien un acte

frauduleux, c'est qu'il entend le mot fraude dans le sens juridique le plus large, tandis que les arrêts emploient ce mot au sens spécial de délit civil. Certes la règle légale doit, avant tout autre considération, recevoir son application, le juge n'a pas un pouvoir arbitraire, n'ayant d'autres limites que celles fixées par sa conscience. Le législateur lui trace une règle de conduite dont il ne doit pas s'écarter ; ce qui est juste n'est pas par cela même légal ; la meilleure loi peut, dans certaines hypothèses, produire des effets contraires à l'équité ; c'est un fait regrettable, mais nécessaire. L'intérêt particulier doit être sacrifié devant l'intérêt général. Mais cela n'empêche pas le juge de s'efforcer d'éviter et d'amoindrir ce conflit d'intérêts divers en présence, de rechercher s'il n'est pas possible de protéger les intérêts de quelques-uns sans que pour cela l'intérêt de tous soit en rien compromis. Qu'une loi produise parfois des résultats injustes, que n'a pas prévus le législateur, c'est un mal souvent inévitable que l'on devra souffrir lorsqu'il est impossible de l'écarter, mais souvent aussi le remède pourra être découvert dans d'autres dispositions légales permettant à nos tribunaux de supprimer les conséquences fâcheuses de cette loi, sans en paralyser l'action.

Aussi je pense qu'il y a lieu d'approuver la distinction de la jurisprudence : celui qui, d'après le droit commun, a la faculté de se prévaloir du défaut de transcription d'une précédente aliénation, peut user de son droit, alors même qu'il aurait eu connaissance par suite d'une circonstance quelconque de l'aliénation non transcrite (art 1.071). Il ne le pourra pas au contraire si, par des manœuvres frauduleuses, par des démarches, par des opérations actives, il a provoqué l'acte commis au mépris de

droits déjà cédés et a causé ainsi un dommage direct au premier acquéreur. Son rôle ne se borne plus à user d'un droit, il commet un délit créateur d'obligations. C'est l'opinion de la majorité de la doctrine (1). C'est d'ailleurs aussi la pensée du législateur de 1855. M. de Vatimesnil prononçait, lors de la discussion de la loi, les paroles suivantes : « lorsqu'il y a une formalité qui a été créée dans l'intérêt général, pour que l'aliénation produise tous ses effets, on n'a plus à rechercher si la personne qui veut se prévaloir de l'absence ou de l'inobservation de cette disposition a eu connaissance ou non de cette aliénation » (2). Mais d'autre part l'exposé des motifs de cette même loi indiquait déjà que « s'il avait été fait par le même propriétaire deux ou plusieurs aliénations du même immeuble ou des mêmes droits réels, celle qui aurait été transcrite la première excluerait toutes les autres, à moins que celui qui le premier a rempli cette formalité n'eut participé à la fraude » (3).

1. Troplong, *Transcription hypothécaire*, n° 190. Rivière et Huguet, *Transcription 187 et 188*. Flandin, *Transcription II*, n° 871 et s. Demolombe, t. XX, n° 313. Garsonnet, *Transcription (Revue pratique)*, t. XXXI. Verdier, *Transcription hypothécaire*, n° 345. Lesenne, n° 81. Bressolles, n° 43. Aubry et Rau, 704 et 204. Biville, *Conséquences de la mauvaise foi du second acquéreur d'un immeuble qui a transcrit son contrat le premier*. Lyon-Caen, notes sur l'arrêt de Cass. du 27 novembre 1893. Huguenet, *Responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*.

2. *Moniteur universel*, 16 février 1851, p. 496.

3. D. P., 55. 4. 27, n° 7.

§ 2. — Fraude au moyen d'une constitution de servitude, d'usufruit, d'antichrèse, d'un bail emphytéotique ou à long terme, d'une hypothèque.

27. La fraude contre un acquéreur d'immeubles ne se commet pas seulement au moyen d'une seconde aliénation totale, mais aussi au moyen d'une aliénation partielle, au moyen d'une constitution de servitude, ou d'un usufruit, d'un bail emphytéotique ou d'une location à long terme, d'une antichrèse, d'une hypothèque. L'acheteur ou le donataire, qui n'ont transcrit leur titre que postérieurement au contrat passé en fraude de leurs droits, ne seront préférés que si le voisin concessionnaire d'une servitude active, l'usufruitier, l'emphytéote, le locataire ou le fermier pour plus de dix-huit ans, le créancier antichrésiste ou hypothécaire qui ont transcrit leur contrat ou pris inscription, ont commis une fraude en vue de nuire au premier acquéreur. Mais la simple connaissance qu'ils auraient pu avoir de l'aliénation non transcrite ne les prive pas du droit que leur accorde la loi de faire valoir l'antériorité de la publicité de l'acte d'où ils tirent leur droit. Leur situation est semblable à celle des seconds acquéreurs, il n'y a pas lieu de distinguer suivant qu'il y a transmission de l'intégralité du droit de propriété ou seulement d'un démembrement de ce même droit. Les arrêts relatifs à la fraude au moyen d'une constitution d'hypothèque sont assez nombreux. Le 2 mai 1860 la Cour de Paris (1) juge que le créancier qui a obtenu d'un donateur une hypothèque sur un immeuble posté-

1. Paris, 2 mai 1860. D. 1861.2.65.

rieurement à la donation du même bien peut invoquer le défaut de transcription de cette donation quoique l'obligation hypothécaire contienne la déclaration du défaut de transcription de la donation et des charges dont les biens ont été grevés par le donataire.

Selon la Cour de Bordeaux (1) le notaire qui a reçu un acte de donation portant sur un immeuble peut valablement se faire concéder par le donateur une hypothèque sur cet immeuble, si la donation n'a pas été transcrite : « s'il a nécessairement connaissance de la donation, cette connaissance ne peut remplacer à son égard la publicité de l'acte par la transcription, formalité essentielle pour que la donation reçoive toute sa perfection et produise son effet à l'égard des tiers. » Cette jurisprudence est encore confirmée par plusieurs arrêts de Cour d'appel (2) et de la Cour de cassation (3).

Mais pour que le droit des créanciers hypothécaires soit reconnu, il faut qu'ils aient contracté sans fraude, étant bien entendu que ce mot est employé dans le sens que lui prête la jurisprudence, le mot fraude au sens juridique du terme ne pouvant d'ailleurs pas qualifier l'acte du second acquéreur de droits mais seulement de l'aliénateur. L'arrêt de la Cour d'Agen du 5 novembre 1888 (4) constate en effet que, dans le cas spécial examiné, le créancier d'un vendeur a pu accepter de ce dernier une hypothèque sur les immeubles vendus sans commettre de fraude et sans avoir non plus l'intention de nuire à

1. Bordeaux, 25 mai 1869. S. 1869. 2. 294.

2. Caen, 20 juillet 1874. Toulouse, 17 juillet 1880. Rolland C. Carrié.

3. Cassation, 5 juillet 1882. S. 1884. 1. 185.

4. D. 1891. 2. 261.

l'acheteur, parce que celui-ci devait encore sur son prix d'achat une somme égale à la créance hypothécaire. De même la Cour de cassation, le 22 octobre 1889, décide que le créancier hypothécaire d'un donateur peut se prévaloir du défaut de transcription de la donation, qui est une formalité substantielle, et qui ne peut être suppléée par la connaissance que des tiers auraient eu de l'existence de la libéralité, mais la Cour impose, comme condition essentielle de ce droit, qu'il ait contracté sans fraude (Lecornu contre Pécachet) (1).

Les raisons qui militent en faveur de cette distinction sont les mêmes que celles qui l'ont motivée en matière de fraude au moyen d'une aliénation totale à titre onéreux ou gratuit.

§ 3. — Fraude contre l'acquéreur d'un droit démembré du droit de propriété

28. Faudrait-il encore appliquer les mêmes règles au cas de fraude contre un usufruitier, ou un voisin qui a obtenu une servitude, au moyen d'actes translatifs, transcrits avant l'acte constitutif de l'usufruit ou de la servitude ? Il semble que la question doive être résolue nécessairement par l'affirmative. La transcription de ces actes est régie par des règles absolument identiques à celles de la transcription des aliénations du droit de propriété plein et entier. Et cependant un arrêt tout récent de la Cour de cassation du 17 juillet 1918, le seul je crois qui existe sur l'hypothèse d'actes conclus au mépris d'une constitution de servitude non transcrite, décide qu'un acheteur qui a transcrit son contrat ne

1. S. 1891.1.446.

peut opposer le défaut de transcription à un voisin qui se prétend titulaire d'une servitude active sur le fonds aliéné, si l'acte de vente fait mention de cette servitude. L'arrêt ne parle pas de fraude. Les hospices de Marly, propriétaires d'une grande pièce de terre, avaient cédé à la commune de Vémars le droit de capter l'eau d'une source se trouvant sur le fonds et de faire les canalisations nécessaires pour l'adduction de l'eau. Ils vendirent la propriété au sieur Brettes qui la revendit à la demoiselle Morel d'Arleux, mais dans chacun des actes de vente, les conventions relatives à l'établissement de la servitude avaient été reproduites. La demoiselle Morel d'Arleux, ayant demandé que l'immeuble fût affranchi de toute servitude au profit de la commune, les actes constitutifs de servitude faute de transcription ne lui étant pas opposables, les juges repoussèrent sa demande et décidèrent que « la demoiselle Morel d'Arleux avait accepté la servitude établie par l'acte du 14 février 1872, puisque cet acte avait été inséré textuellement dans son acte d'acquisition du 29 novembre 1909, et dans l'acte d'acquisition de son auteur ».

Faut-il voir, dans cet arrêt, un changement de la jurisprudence, la simple connaissance d'un acte non transcrit peut-il empêcher les tiers de se prévaloir du défaut de transcription ? Je ne le crois pas. Cette décision spéciale s'explique par ce fait que l'acte passé en second lieu n'est pas incompatible avec le premier : la signature d'un contrat d'acquisition d'immeuble mentionnant une charge existant sur cet immeuble peut être interprété comme une reconnaissance de cette charge et un engagement de la respecter. Lorsqu'il s'agissait d'une donation ou d'une vente d'un immeuble déjà donné ou vendu, la

mention de ces contrats dans le second acte de vente ou de donation ne pouvait valoir à titre de reconnaissance ; les deux contrats étant incompatibles, par cela seul que le second acquéreur accepte la donation ou la vente qui lui est offerte, il entend ne pas respecter le premier contrat, qui, s'il était maintenu, le mettrait dans l'impossibilité d'exercer aucun droit. Il n'en est pas de même lorsque le premier contrat est une concession d'un simple démembrement de propriété, car alors le second acquéreur peut fort bien user de son droit, avoir fait une acquisition parfaitement valable, tout en respectant la servitude ou l'usufruit constitués par son auteur. D'ailleurs vendre ou donner un immeuble en déclarant qu'il est grevé d'une servitude, ou d'un usufruit, n'est-ce pas la même chose que vendre ou donner simplement la nue propriété ou la propriété déduction faite de la servitude ? Mais pour cela il faudra que le premier contrat soit mentionné expressément dans l'acte prétendu frauduleux, car d'après l'article 1341, on ne pourrait prouver par témoins outre ou contre un acte de vente, par exemple ayant pour objet la propriété pleine et entière, ni sur ce qui sera allégué avoir été dit avant, lors ou depuis.

Au contraire l'acte prétendu frauduleux est-il incompatible avec le premier droit cédé, la règle admise communément par la jurisprudence reprendra son empire. Y a-t-il eu par exemple deux constitutions d'usufruit sur le même fonds, au profit de deux personnes différentes, celle qui aura transcrit la première sera préférée, encore qu'elle n'ait passé son contrat qu'après l'autre et qu'elle ait eu connaissance de la première constitution d'usufruit. Il n'y a qu'au cas où elle aurait eu un rôle actif dans la fraude

qu'elle se verrait refuser ce droit de préférence (1).

1. Il faut rapprocher des fraudes examinées dans ce chapitre, la fraude dans les remplois, qui, parfois, est dirigée contre un acquéreur d'immeuble et a pour but de l'évincer. Je n'ai pas cru devoir l'étudier, estimant qu'elle ne constitue jamais une fraude dans les transferts de droits à proprement parler, et que par suite, il n'y a pas lieu de lui attribuer la place importante qu'exigerait son examen détaillé : je me borne à la mentionner et à indiquer les différences qui la distinguent de la fraude dans les transferts.

Elle est très variée : elle peut être dirigée soit contre la femme, soit contre le tiers acquéreur.

Dirigée contre la femme: c'est un mari qui, astreint en vertu des clauses du contrat de mariage ou en vertu des dispositions de la loi, à faire emploi des deniers provenant de l'aliénation de biens propres de la femme ou de biens dotaux, conclut, pour faire croire à l'existence du emploi, un contrat purement fictif, ou mentionne dans l'acte d'achat un prix plus élevé que celui qui a été stipulé. Le plus souvent le mari a pour complice le tiers acquéreur de l'immeuble propre ou dotal. Il n'y a pas là fraude dans un transfert de droits, qui est toujours une fraude contre un cessionnaire. La femme n'est pas, en effet, cessionnaire, bien au contraire, c'est elle qui aliène. J'ai supposé que, pour la constitution de la fraude dans les transferts, il fallait une cession valablement conclue, puis un acte postérieur simulé ou frauduleux, passé par l'aliénateur pour se soustraire aux obligations, nées de la cession, qui le lient à l'égard de l'acquéreur. Dans l'hypothèse de la fraude contre la femme au moyen d'un emploi fictif ou frauduleux, il n'y a rien de semblable : il y a simplement inexécution d'une obligation dont est tenu le mari, représentant légal de la femme, inexécution déguisée sous l'apparence d'un emploi intégral. Ce sera à la femme à démontrer qu'il n'y a pas eu emploi ou que le emploi est insuffisant ; bon nombre d'arrêts assimilent en effet le emploi fictif ou frauduleux à l'absence de emploi (Cassation, 14 juin 1892. D. 93-1-500 ; Req., 20 mars 1894. D. 94-1-25 ; Paris, 31 décembre 1896, sous Req., 23 mars 1898. D. 98-1-330 ; Bordeaux, 7 avril 1897. D. 97-2-510 ; Chambéry, 10 avril 1897. D. 98-2-221). Cette preuve faite, la femme pourra exiger, de son mari, le emploi des deniers provenant de l'aliénation de ses propres, ou même demander l'annulation de l'aliénation si la validité de celle-ci était subordonnée à l'existence du emploi des deniers en provenant. Peut-être pourra-t-elle mettre en cause le tiers complice du mari, qui a engagé sa responsabilité personnelle.

Mais la fraude dans les remplois (et c'est l'hypothèse qui se

rapproche le plus de la fraude dans les transferts) peut être dirigée contre le tiers acquéreur. Le plus souvent le mari a pour complice la femme. Tous deux persuadent, au moyen d'un contrat fictif, l'acquéreur d'un immeuble dotal qui, pour acquérir valablement, doit s'assurer de l'existence du remploi du prix, que le remploi a bien été effectué. Puis, plus tard, la femme, démontrant l'inexistence du remploi, fera annuler la vente de l'immeuble dotal, et évincera le tiers acquéreur. Là non plus, il ne faut pas voir un cas de fraude dans les transferts. Sans doute, comme dans celle-ci, l'acte déloyal du mari et de la femme cause préjudice à un acquéreur. Mais cet acte déloyal ne constitue pas une fraude au sens juridique du mot. L'acte frauduleux est un acte destiné à faire échapper un individu à des obligations auxquelles il est tenu : ces obligations doivent être issues d'un contrat valablement conclu. Il faut un contrat qui remplisse, dès son origine, toutes les conditions nécessaires pour sa validité, puis postérieurement un acte destiné à rendre ce premier contrat inefficace. Dans la fraude au moyen d'un remploi fictif, l'aliénation de l'immeuble dotal est viciée dès son origine, il lui manque une des conditions nécessaires pour sa validité, l'existence d'un remploi valable ; ce vice est, il est vrai, caché par un contrat apparent qui a induit le tiers acquéreur en erreur, mais le vice n'en existe pas moins. Il y a bien plus un cas de dol qu'un cas de fraude. C'est une situation semblable à celle qui se présenterait si une personne vendait un immeuble ne lui appartenant pas en persuadant l'acquéreur qu'elle est propriétaire, par la production de titres falsifiés, ou si une personne incapable de vendre se présentait comme capable en présentant des pièces erronées. Ce sont là, sans aucun doute, des cas de dol. Lorsque le mari seul s'est rendu coupable de dol, il est certain que la femme pourra obtenir l'annulation de la vente de son immeuble dotal dont le prix n'a pas fait l'objet d'un remploi. Mais le problème est fort difficile à résoudre lorsque la femme été complice de son mari : lui permettra-t-on de prouver la simulation, dérogera-t-on en sa faveur à la règle « *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* » ? Ne devra-t-on pas considérer ses manœuvres dolosives comme un délit civil qu'elle est tenu de réparer sur tous ses biens, même dotaux ? A l'action révocatoire de la femme, le tiers acquéreur ne pourra-t-il pas opposer une fin de non recevoir, une *exceptio doli* ?

Souvent aussi, l'aliénation d'un immeuble dotal suivie d'un remploi fictif ou frauduleux a pour but non pas d'évincer le tiers acquéreur, mais de permettre aux époux de se soustraire à l'inaliénabilité dotale. L'opération doit être considérée comme frauduleuse dans son ensemble, et constitue un cas de fraude à la loi couramment pratiqué.



DEUXIÈME PARTIE

FRAUDE CONTRE LES CRÉANCIERS MUNIS D'UNE SURETÉ RÉELLE

CHAPITRE PREMIER

FRAUDES CONTRE LES CRÉANCIERS HYPOTHÉCAIRES

Pour que tous les avantages que l'hypothèque est susceptible de procurer se réalisent, il faut avant toute chose que le créancier trouve en elle une garantie certaine et intangible. Elle ne constituera pour l'emprunteur un moyen de trouver facilement du crédit, pour le capitaliste un placement avantageux de ses capitaux que si le créancier est sûr de ne courir aucun risque. Or le danger que court un créancier hypothécaire réside principalement dans les actes que son débiteur peut passer en fraude de ses droits. Le débiteur n'est pas dessaisi de l'administration de son patrimoine, il peut conclure valablement de nouveaux actes avec des tiers, vendre ou donner l'immeuble hypothéqué, constituer une nouvelle hypothèque sur le même bien, céder des loyers ou fermages non échus à provenir des immeubles hypothéqués, en donner quittance aux locataires et

aux fermiers. Les créanciers hypothécaires vont-ils subir de ces différents actes une diminution de leur gage? C'est la question même de la garantie que fournit l'hypothèque qui se trouve posée. Cette sûreté n'aurait qu'une valeur bien médiocre si celui qui la possède était exposé à subir l'effet de tous les actes de son débiteur passés de bonne foi ou de mauvaise foi.

Le législateur a évité cet inconvénient en rangeant l'hypothèque parmi les droits réels, et en lui conférant, par suite, l'un des principaux avantages du droit réel, le droit de suite. A la différence des créanciers chirographaires, qui sont considérés comme les ayants cause du débiteur, devant respecter tous les actes de celui-ci qui ne sont pas entachés de fraude, les créanciers hypothécaires munis d'un droit réel sont des tiers à qui les actes du débiteur ne peuvent nuire. Ils ont un droit opposable à tous, et par suite à ceux mêmes qui traitent avec le débiteur postérieurement à la constitution de l'hypothèque. Les créanciers hypothécaires sont donc en principe absolument garantis contre tout risque provenant des actes du débiteur. Que leur importe la vente ou la donation de l'immeuble affecté au paiement de leur créance, puisque, s'ils ne sont pas payés le jour de l'échéance, ils pourront saisir cet immeuble entre les mains de l'acheteur ou du donataire, le faire vendre aux enchères et se payer sur le prix. Que leur importe une nouvelle constitution d'hypothèque puisque le nouveau créancier doit respecter leur droit acquis auparavant. En principe leur droit est intangible, les actes du débiteur ne peuvent leur nuire. Cependant certaines circonstances spéciales font que dans certains cas les créanciers hypothécaires subissent un préjudice par suite d'actes passés par le débiteur au

mépris de l'hypothèque constituée à leur profit et sont frustrés de leurs droits par des voies détournées. Il est utile de rechercher ces expédients déloyaux et d'examiner comment l'on peut arriver à empêcher qu'ils ne détruisent et ne sapent par la base la sûreté intangible que doit constituer l'hypothèque.

§ 1. — **Fraude contre les créanciers hypothécaires au moyen de l'aliénation de l'immeuble hypothéqué.**

Résumé. — 29. Conflit entre un créancier hypothécaire et un acquéreur de l'immeuble. Notre ancien droit. Système de la loi du 11 brumaire de l'an VII. Système du Code civil. Système du Code de procédure civile. Système actuel. — 30. Différents moyens de protéger l'hypothèque non inscrite contre une aliénation frauduleuse. — 31. Fraude au moyen d'une aliénation de meubles réputés immeubles par destination.

29. Dans notre ancien droit, l'hypothèque était occulte. L'acte constitutif d'hypothèque conférait par lui seul au créancier un droit réel opposable à tous. La vente de l'immeuble hypothéqué ne pouvait alors nuire au créancier hypothécaire puisque ce dernier avait un droit opposable même à l'acheteur, qui devait respecter ce droit et en subir les effets, eût-il ignoré, lors de l'achat de l'immeuble, la charge qui grevait celui-ci. Il n'y avait qu'à examiner l'ordre des dates des deux contrats. L'acte notarié contenant constitution d'hypothèque était-il de date antérieure à la vente, l'hypothèque était valablement constituée et la vente postérieure n'avait pour objet qu'un immeuble grevé d'un droit réel : l'acheteur était réduit à un recours en garantie contre le vendeur, mais le créancier hypothécaire restait en possession de ses droits et demeurait à l'abri de toutes

les tractations postérieures de son débiteur. Ce système s'il protégeait efficacement les intérêts des créanciers n'était guère soucieux des intérêts des acheteurs. Ceux-ci ne pouvaient connaître exactement les charges grévant le bien acheté, ils étaient toujours exposés à l'action d'un créancier hypothécaire ignoré, et étaient réduits à opter entre le paiement de la créance, le délaissement ou la saisie.

De nos jours, un double système de publicité pour la conservation du droit d'hypothèque et pour les transmissions immobilières cherche à remédier à ces inconvénients : pour être opposables aux tiers, l'aliénation doit être transcrite, l'hypothèque inscrite sur les registres du conservateur des hypothèques. Le conflit entre le créancier hypothécaire et l'acheteur se règle suivant l'ordre des dates auxquelles a lieu la publicité des contrats. L'inscription de l'hypothèque a-t-elle été prise avant que la vente ou la donation ne soit inscrite, le droit hypothécaire est opposable au vendeur ou au donateur : le créancier peut exercer son droit contre les tiers acquéreurs, faire sommation de payer ou de délaisser. C'est l'hypothèse qui se produit le plus fréquemment. Il est rare qu'un créancier qui a obtenu une hypothèque sur des immeubles de son débiteur se contente de l'acte constitutif de cette sûreté, et tarde à publier cet acte. Les risques qu'il court en temporisant sont trop grands pour que, s'il est quelque peu soucieux de ses intérêts, il ne s'empresse de se conformer aux lois relatives à la publicité : la faillite ou la mise en état de liquidation judiciaire de son débiteur, le décès suivi de l'acceptation de la succession sous bénéfice d'inventaire, la transcription d'une aliénation de l'immeuble, affecté à sa garantie, l'exposent à perdre la situation privilégiée qu'il s'est

réservée. Le plus souvent, lorsque le créancier temporise pour procéder à la publicité de sa sûreté, c'est par suite d'un accord avec le débiteur, accord consenti au détriment des autres créanciers ou des personnes qui traiteront postérieurement, et destiné à faire croire à un crédit fictif du débiteur, le passif restant ignoré et l'actif immobilier paraissant libre de toute charge : aussi la loi des faillites permet-elle l'annulation de l'inscription d'hypothèque prise pendant la période suspecte plus de quinze jours après l'acte constitutif qui donne naissance à cette sûreté.

Mais si bref soit-il, le laps de temps, qui s'étend entre l'acte notarié et l'inscription, permet quelquefois au débiteur de conclure une vente frauduleuse, de nature à annihiler les droits qu'il vient d'accorder à son créancier. Peut-être lorsqu'il constitue l'hypothèque a-t-il déjà trouvé un acheteur, le projet d'acte est rédigé, les conditions de la vente ont été débattues avec l'acquéreur. La transcription de l'acte de vente, si elle est opérée pendant les quelques instants qui s'écoulent entre la constitution d'hypothèque et son inscription, frustre le créancier hypothécaire de ses droits. Et cependant ce dernier n'est responsable d'aucune faute : il savait lorsqu'il a traité, que le débiteur était encore propriétaire de l'immeuble qui lui était offert à titre de garantie, il a pris inscription dans le délai normal de quelques jours ; devancé par l'acheteur, il se présente trop tard.

Tel est du moins le système qui était applicable sous l'empire de la loi du 11 brumaire de l'an VII, organisant pour la première fois la transcription des actes translatifs de droits immobiliers. L'inscription des hypothèques du chef du vendeur était arrêtée par la transcription de l'acte d'aliénation.

Ce système fut aggravé par le Code civil. D'après les articles 711, 1138 et 1583, le transfert de la propriété s'opérait par le seul consentement des parties. La transcription devenait inutile pour rendre l'aliénation opposable aux tiers. D'autre part la publicité des hypothèques était maintenue. On devait par suite admettre cette solution assez étrange, que l'hypothèque devait être inscrite pour être opposable à l'acheteur tandis que le contrat de vente était opposable aux créanciers hypothécaires non inscrits par cela seul qu'il avait date certaine. Si l'acte d'aliénation était passé par devant notaire, les inscriptions étaient arrêtées du chef du vendeur du jour même de la passation de l'acte. Ce système mettait le créancier hypothécaire dans une position désavantageuse par rapport à l'acheteur. La fraude était par suite grandement facilitée. Il n'y avait exception qu'en cas de donation, l'article 941 du Code civil exigeant que l'acte contenant libéralité soit transcrit pour être opposable aux tiers lorsqu'il s'agissait de droits immobiliers. Le créancier hypothécaire n'était mis par conséquent dans l'impossibilité de s'inscrire et de conserver ses droits que par la transcription de la donation et non pas seulement par la signature de l'acte par devant notaire.

Malgré ses inconvénients et ses dangers, ce système subsista jusqu'au vote du Code de procédure civile. Les articles 834 et 835 décidèrent que les créanciers hypothécaires du vendeur auraient le droit d'inscrire leurs hypothèques tant que l'acheteur n'aurait pas fait transcrire l'acte de vente ; la transcription seule arrêtait le cours des inscriptions du chef du vendeur. De plus on accordait aux créanciers un délai de quinze jours après la transcription pour prendre leur inscription. Le Code de procédure

protégeait ainsi très efficacement les créanciers hypothécaires, sans pour cela nuire gravement aux acquéreurs. La fraude du débiteur au moyen d'une vente de l'immeuble hypothéqué devenait en quelque sorte impossible, puisque le créancier avait toujours au moins un délai de quinze jours pour faire procéder à la publicité. S'il était évincé par un acheteur, ce ne pouvait être que par suite d'une négligence grave de sa part, et il était inexcusable d'avoir tardé aussi longtemps pour prendre inscription. D'autre part l'acheteur ne courait pas grand risque : il savait que pendant quinze jours à compter de son contrat d'acquisition, de nouvelles hypothèques pouvaient se révéler ; il n'avait qu'à retenir son prix pendant le délai, et à l'expiration se renseigner auprès du conservateur des hypothèques sur les inscriptions prises. Aucune hypothèque n'était-elle inscrite, il était désormais certain de rester possesseur de l'immeuble et de ne pas être évincé. Au contraire une ou plusieurs hypothèques avaient-elles été inscrites dans le délai légal, l'acheteur avait à sa disposition un moyen lui permettant de supprimer cette charge : offrir son prix d'achat aux créanciers et opérer la purge.

Ce système paraissait à tous points de vue excellent. Cependant le législateur de 1855, en rétablissant la transcription, n'a pas cru devoir l'adopter. S'inspirant de la loi du 11 brumaire de l'an VII, il a décidé que la préférence serait réglée par l'ordre des dates de la publicité des différents contrats constitutifs de droits réels. Le créancier hypothécaire ne peut plus prendre inscription après que l'acheteur a fait transcrire son titre : aucun délai ne lui est désormais accordé. J'ai déjà signalé le danger que présente pour les créanciers hypothécaires un pareil système :

un acte de vente peut dans le même jour être signé chez un notaire et transcrit au bureau du conservateur des hypothèques. Le moindre retard peut causer un préjudice considérable aux créanciers. Le système du Code de procédure était bien préférable puisqu'il protégeait efficacement les créanciers hypothécaires sans que les acquéreurs subissent un dommage de ces mesures de protection. La loi de 1855 l'a malheureusement supprimé pour toutes les aliénations volontaires. Il n'en subsiste plus de traces que pour les expropriations pour cause d'utilité publique, la loi du 3 mai 1841 qui a adopté le système du Code de procédure civile n'ayant pas été modifiée par la loi de 1855, et accordant encore aux créanciers hypothécaires un délai de quinze jours pour prendre inscription à compter de la transcription du jugement d'expropriation.

Des mesures de protection spéciales ont été prises cependant par le législateur de 1855 en faveur du vendeur et du copartageant qui jouissent d'un privilège, véritable hypothèque bénéficiant d'un rang de faveur. De même que les créanciers hypothécaires, les créanciers privilégiés ne peuvent prétendre au droit de suite que s'ils ont rendu leurs droits opposables aux tiers au moyen d'une inscription. Ils courent donc le risque d'être frustrés de leurs droits par une vente de l'immeuble suivie de transcription, avant qu'ils aient pris inscription. Prévoyant cette fraude et voulant mettre le vendeur et le copartageant à l'abri de tout danger, la loi accorde à ces créanciers un délai de quarante-cinq jours à compter de la vente ou du partage donnant naissance à leurs privilèges, pour procéder à la publicité, même si une vente ou une donation a été consentie par le débiteur et transcrite auparavant. Publié dans le délai, le privilège sera

valablement conservé et rétroagira au jour de la vente ou du partage. Cette disposition en faveur du vendeur et du copartageant est le plus généralement approuvée. Elle donne à ces créanciers un délai suffisamment long pour la sauvegarde de leurs droits, beaucoup plus long même que celui que le Code de procédure civile de 1807 accordait aux créanciers hypothécaires. D'autre part, nuit-elle aux transactions sur les biens fonciers, cause-t-elle préjudice aux acquéreurs d'immeubles? Assurément non, car l'acheteur ne manquera pas de s'informer de l'origine du droit de propriété de son vendeur, et si ce droit a pris naissance dans un contrat de vente ou dans un partage remontant à moins de quarante-cinq jours, il pourra prendre les précautions nécessaires à la protection de ses intérêts, exiger du vendeur la preuve de la libération du prix d'achat, ou retenir le prix qu'il doit lui-même jusqu'à l'expiration du délai légal. Il existe cependant une différence profonde entre le système du Code de procédure pour les créanciers hypothécaires et celui de la loi de 1855 pour les créanciers privilégiés. Cette différence est relative au point de départ du délai. Dans le premier, le délai court du jour de la transcription, dans le second du jour de la naissance du privilège.

Je crois préférable le système de 1855. S'il est juste d'accorder toujours à un créancier un délai pour la conservation des sûretés qui lui sont accordées par son débiteur ou par la loi, il n'y a pas de bonnes raisons, lorsqu'il a eu le temps nécessaire, pour lui accorder un délai complémentaire du jour de la transcription. Un bon système de publicité doit compter les délais accordés pour procéder à la publicité du jour de la naissance des droits qui doivent être publiés. Il y a d'ailleurs un intérêt général à ce

que les charges qui grèvent les immeubles ne restent pas occultes. La loi des faillites l'a compris en annulant les hypothèques non publiées dans un délai normal. Il ne faut pas qu'un créancier puisse temporiser pour procéder à la publicité des sûretés réelles qu'il possède étant toujours certain de pouvoir utilement le faire dans un délai déterminé à partir de certains événements qui mettent normalement fin au cours des inscriptions, transcription d'une aliénation ou autres. Celui qui a tardé plusieurs mois, plusieurs années peut-être, pour prendre une inscription d'une hypothèque, ne mérite vraiment pas que la loi lui accorde encore une faveur et lui permette de prendre inscription après la vente de l'immeuble suivie de transcription.

Il est donc regrettable que le législateur n'ait pas cru devoir adopter, non pas le système pratiqué en 1807, puisqu'il accordait aux créanciers hypothécaires une faveur qui n'était pas toujours justifiée, mais un système mixte, combinant les dispositions des articles 834 et 835 du Code de procédure civile et celles de l'article 6 de la loi du 23 mars 1855. Il serait juste qu'un délai de quinzaine soit toujours accordé aux créanciers hypothécaires pour prendre inscription, une vente eût-elle été transcrite dans cet intervalle, l'hypothèque ne prenant d'ailleurs rang qu'à sa date et l'inscription n'ayant pas d'effet rétroactif. L'acte constitutif d'hypothèque étant nécessairement un acte notarié, et les peines prononcées pour faux contre les officiers ministériels étant très graves, le danger d'une fraude au moyen d'une fausse date en vue de faire revivre une hypothèque éteinte quant au droit de suite serait à peu près nul.

30. Le rôle de la jurisprudence en matière de fraude contre les créanciers hypothécaires au moyen

d'une vente a été d'autant plus efficace que celui du législateur a été timide et effacé. Elle s'est efforcé de protéger les créanciers hypothécaires contre les manœuvres déloyales des débiteurs, cherchant à détruire les sûretés données, au moyen de ventes frauduleuses.

Il est tout d'abord un point certain, c'est que la fraude du débiteur ne peut être réprimée et entraîner la nullité de la vente frauduleuse lorsque l'acquéreur est de bonne foi, et ne connaissait pas la constitution d'hypothèque, sous réserve cependant de ce qui sera dit relativement à l'action paulienne. C'est qu'en effet lorsque l'acquéreur est de bonne foi, l'on se trouve en face de deux personnes également dignes d'intérêt, dont l'une s'est montrée plus diligente que l'autre : le conflit se règlera d'après l'ordre des dates de la publicité. Adopter une solution opposée serait aller à l'encontre de la volonté du législateur de 1855 et supprimer toute utilité à la transcription.

La difficulté devient beaucoup plus sérieuse lorsque le tiers n'ignorait pas la constitution d'hypothèque ; ce cas se présentera fréquemment ; le débiteur, le plus souvent, s'assurera le concours d'amis complices, qui joueront le rôle d'acheteurs, et revendront un peu plus tard à des tiers s'ils n'ont pas le désir de rester en possession de l'immeuble. Le danger est d'autant plus redoutable pour les créanciers hypothécaires, car il y a en quelque sorte contre lui une coalition du vendeur et de l'acheteur. Ce dernier de plus agissant de concert avec le débiteur, aura bien soin de ne laisser s'écouler aucun laps de temps entre la signature de la vente et la transcription de l'acte.

Il faut d'abord admettre, sans aucun doute, que la connaissance que les tiers peuvent avoir par une voie quelconque de l'hypothèque ne supplée pas au

défaut d'inscription. Le Code établit un mode de publicité spécial, inscription sur un registre (dépôt d'un bordereau d'inscription depuis la loi du 1^{er} mars 1918) au bureau du conservateur des hypothèques. Rien ne peut remplacer les formalités légales. D'ailleurs l'article 2148 énumère une série d'énonciations qui doivent figurer dans l'inscription sous peine de nullité, nom du créancier et du débiteur, désignation des titres du créancier, montant de la créance, modalités qui l'affectent, biens grevés d'hypothèques. Comment être certain que l'acquéreur a bien eu connaissance de tout cela. N'y aurait-il pas souvent des discussions sur quelques-uns de ces points, discussions le plus souvent impossibles à résoudre. Ne serait-ce pas de plus encourager les créanciers hypothécaires à laisser leurs hypothèques occultes et à se borner à avertir l'acquéreur au moment du contrat de leurs droits antérieurs, alors qu'il y a un intérêt général à ce que toutes les hypothèques soient publiées ?

C'est d'ailleurs la solution préconisée par le plus grand nombre des auteurs (1). C'est aussi l'avis des cours et tribunaux. Le 16 mars 1811, la Cour de Turin a jugé que sous l'empire de la loi du 11 brumaire de l'an VII, l'acquéreur qui a transcrit son titre peut méconnaître les hypothèques non inscrites, en eût-il connaissance par la mention qui en était faite, dans son contrat d'acquisition : « considérant, dit l'arrêt, que la dite loi de brumaire donne à la transcription l'effet de purger l'immeuble de toutes

1. Flandin, *De la transcription*, n° 879 ; Guillouard : *Privilèges et hypothèques*, III, n° 1045 ; Thézard, *Du Nantissement, des privilèges et hypothèques*, n° 137 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, n° 1539 ; Aubry et Rau, § 267 ; Wahl note sous Cassation du 7 juillet 1897. S. 98. I. 113.

hypothèques non inscrites avant la transcription même, qu'ellen'excepte aucunement les hypothèques dont l'acquéreur a pu avoir connaissance légale, à l'époque où il a rempli cette formalité, qu'en conséquence, la connaissance que le titre de l'acquéreur lui donne de la créance du vendeur ne saurait produire une fin de non-recevoir contre le droit naturel d'opposer le défaut ou de critiquer les vices de l'inscription. » Il en est de même sous l'empire du Code de procédure civil, déclare la Cour de cassation le 27 mars 1849 (1). Nul doute que cette solution ne doive encore être admise depuis 1855.

Cependant il n'en faudrait pas conclure que l'acte frauduleux passé par le débiteur soit toujours opposable aux créanciers hypothécaires. Trois cas peuvent se présenter où les créanciers auront la faculté de faire prévaloir leurs droits : il peut y avoir lieu à l'action paulienne, l'acquéreur peut être considéré comme ayant renoncé à invoquer le défaut d'inscription ou les irrégularités pouvant vicier l'inscription, l'acquéreur peut avoir pris une part active dans la fraude engageant sa responsabilité personnelle.

Tout d'abord il peut y avoir lieu à l'action paulienne. Il est certain que la transcription ne purge pas l'aliénation des vices qui l'affectent, et qu'une vente ou une donation passée par un débiteur en fraude des droits de ses créanciers n'est pas à l'abri de l'action paulienne, par cela seul qu'elle a été transcrite régulièrement. Et d'autre part tout le monde reconnaît que les créanciers hypothécaires jouissent de tous les droits qui sont accordés aux

1. Lejeune contre demoiselle d'Audifrédy. S. 1849. 1. 509. D. 49. 1. 168.

autres créanciers non privilégiés, et en particulier des droits établis par les articles 1166 et 1167 du Code civil. Il semble par suite que le créancier hypothécaire devrait toujours être autorisé à faire annuler l'aliénation consentie par son débiteur au mépris de la constitution d'hypothèque. Il n'en est rien cependant. Car pour que l'action paulienne soit recevable, il faut que l'acte frauduleux ait créé ou aggravé l'insolvabilité du débiteur. Or cette condition ne sera pas toujours réalisée. Il se peut que le débiteur soit *in bonis*, cas qui ne présente pas grand intérêt, puisque le créancier n'est pas réduit à discuter les biens qui lui sont affectés à titre de garantie, mais peut en vertu de l'article 2092 du Code civil faire saisir tous les biens de son débiteur pour obtenir son paiement ; mais il peut arriver aussi que l'aliénation n'ait pas aggravé l'insolvabilité de l'aliénateur : c'est une vente sérieuse dont le prix représente la valeur réelle de l'immeuble, et a été remployé utilement par le débiteur, c'est un échange contre un autre immeuble de même valeur. Le patrimoine du débiteur ne se trouve pas diminué par ces contrats. La vente, l'échange sont inattaquables par l'action paulienne. Le créancier hypothécaire subit cependant un préjudice, dira-t-on : il avait un droit de préférence sur l'immeuble vendu ou échangé, il ne l'aura plus sur les valeurs obtenues par le remploi, sur l'immeuble acquis par l'échange. Il sera obligé de subir le concours des autres créanciers et devra se contenter d'un dividende, alors que sans le contrat passé en fraude de ses droits, sa situation privilégiée lui aurait permis d'être intégralement payé. C'est exact ; mais il ne faut pas oublier que lorsqu'il exerce l'action paulienne, c'est en qualité de créancier ordinaire, il n'a alors d'autres droits

que ceux des créanciers chirographaires; comme eux, il devra prouver que toutes les conditions nécessaires à la recevabilité de l'action paulienne sont réunies, en particulier que l'acte prétendu frauduleux et annulable a créé ou augmenté l'insolvabilité du débiteur.

Souvent il arrive que l'acte passé en fraude des droits d'un créancier hypothécaire a diminué le patrimoine du débiteur, c'est un acte de pure libéralité sans aucun profit en retour, c'est une aliénation pour un prix inférieur à la valeur réelle. Dans ce cas, il faut assurément donner aux créanciers hypothécaires le droit d'annuler l'acte frauduleux. Mais ce sera à eux de prouver le préjudice, la fraude du débiteur et, en cas d'aliénation à titre onéreux, la complicité de fraude. Il ne faut pas même hésiter à affirmer qu'un créancier peut faire annuler la donation de l'immeuble sur lequel il a une hypothèque, non inscrite avant la transcription de la donation, lorsque la libéralité a causé ou aggravé l'insolvabilité du débiteur, et cela même lorsque le donataire est de bonne foi. Ce ne sont plus alors les règles de la transcription et de l'inscription des hypothèques qui doivent être appliquées, mais les règles de l'article 1167 dont les précédentes ne peuvent écarter l'application.

Un arrêt de la Cour de cassation du 14 mars 1859 (1) confirme cette solution : un nommé Fabry avait vendu un immeuble à un sieur Toureil. Ce dernier revendit le dit immeuble à son épouse, et la seconde vente fut transcrite avant que le privilège de Fabry ait été conservé par une inscription ou la transcription de la première vente. Fabry attaqua la

1. Sirey, 1859-1-833.

vente, consentie par Toureil à son épouse, comme frauduleuse. Le tribunal de Rodez le 20 août 1856 accueille sa demande, ayant constaté la réunion dans l'espèce de toutes les conditions nécessaires à l'action paulienne, la fraude du débiteur, la complicité de fraude chez l'acquéreur et l'insolvabilité du débiteur : « attendu, lit-on dans les motifs du jugement, que les époux Toureil, sachant l'un et l'autre que le prix de vente était encore dû à Fabry, se sont concertés pour arriver en abusant de mauvaise foi, des dispositions de la nouvelle loi sur les hypothèques et de l'état d'insolvabilité de Toureil, à dépouiller le dit Fabry des immeubles par lui vendus, en lui faisant ainsi perdre le prix », car « la vilité du prix assigné aux immeubles cédés était extrêmement probable ». La Cour de cassation, appelée à statuer sur le pourvoi de Toureil, constate de nouveau que les deux époux Toureil « se sont l'un et l'autre concertés pour arriver en abusant de mauvaise foi des dispositions de la loi nouvelle et de l'état d'insolvabilité de Toureil, à dépouiller Fabry. » Il est certain que la Cour suprême n'a fait dans l'espèce examinée qu'une juste application des règles de l'action paulienne.

Dans d'autres hypothèses l'acquéreur de l'immeuble, qui avait connaissance de l'hypothèque non inscrite, pourra être considéré comme ayant renoncé à invoquer le défaut d'inscription ou les irrégularités pouvant vicier l'inscription. La règle de l'article 2134 est assurément d'ordre public, et les parties ne pourraient convenir lors de la constitution de l'hypothèque que cette garantie produira ses pleins et entiers effets sans qu'il soit pris inscription ; on convient d'ordinaire de ranger parmi les lois d'ordre public auxquelles il ne peut être dérogé par des conven-

tions particulières suivant les dispositions de l'art. 6 du Code civil, celles qui édictent des prohibitions, des obligations, des formalités dans l'intérêt des tiers. Mais par contre il ne serait pas contraire à l'ordre public qu'un tiers intéressé renonce pour lui seul à faire usage des faveurs que lui accorde la loi et des mesures de protection qu'elle a prises à son égard. Il est donc bien permis à un acquéreur de renoncer au droit que lui confère la loi du 23 mars 1855, de repousser tout créancier hypothécaire qui n'a pas fait inscrire son hypothèque avant la transcription des titres de l'acquéreur. Bon nombre d'auteurs ont admis la validité d'une pareille convention : suivant l'expression même de MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes « elle ne lie que le promettant, elle n'engage pas les tiers, elle ne déroge donc point à la règle d'intérêt général et d'ordre public qui détermine le rang des créanciers, elle ne se réfère qu'aux intérêts particuliers des créanciers qui y figurent (1) ».

La difficulté porte seulement sur la preuve de cette renonciation. Je crois qu'il faut appliquer les règles de preuves ordinaires des contrats en général, et que, conformément à l'article 1341 du Code civil, la preuve écrite devra être exigée toutes les fois que l'intérêt en jeu est supérieur à 150 francs. L'article 1338 admettant la ratification tacite est étranger à la question, car il ne s'applique qu'aux actes annulables pour cause de vices du consentement ou d'incapacité. Mais la renonciation devra être induite de la mention, dans l'acte d'acquisition, de l'hypothèque ou du privilège non publié. On doit alors supposer que l'acquéreur a entendu acheter un immeuble grevé d'une charge réelle ;

1. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du Nantissement, des Privilèges et des Hypothèques*, n° 1442.

il n'est pas trop hardi de présumer que le prix a été fixé en conséquence et que pour l'établir les parties ont fait état de la charge dont il est fait mention dans l'acte.

La Cour d'appel de Turin a repoussé cette solution le 16 mars 1811 et elle a été suivie dans cette voie par la Cour de cassation qui le 27 mars 1849 a décidé que « l'acquéreur n'a point ratifié l'inscription, qu'il n'a point renoncé à la critiquer, s'il y avait lieu, par cela seul qu'il en était fait mention dans le contrat de vente ». Je doute cependant que la Cour de cassation fasse preuve encore aujourd'hui d'autant de timidité, alors qu'elle décide que la mention dans l'acte de vente d'une servitude empêche l'acheteur de se prévaloir du défaut de transcription de l'acte constitutif de cette servitude (Chambre civile, 17 juillet 1918). Servitude ou hypothèque, ce sont toujours des actes dont le respect n'est nullement incompatible avec l'aliénation postérieure : la solution doit être identique pour ces deux droits réels.

Parfois aussi, l'acquéreur aura participé activement à la fraude du vendeur. La perte que subit le créancier de son droit réel d'hypothèque n'est que le fruit de ses démarches, de ses manœuvres. Ce sont des actes illicites dont il doit compte à celui à qui ils causent préjudice. Le mieux qu'il puisse faire pour réparer le tort causé, c'est de ne pas se prévaloir de l'inefficacité de l'hypothèque à son égard faute d'inscription : c'est la réparation la plus adéquate au dommage. J'ai examiné cette réparation directe, pour le cas de deux ventes successives d'un même immeuble ; les raisons de l'admettre vis-à-vis d'un créancier hypothécaire sont les mêmes que celles qui commandent de l'adopter vis-à-vis d'un

premier acheteur. Cependant ici elle aura une utilité pratique bien moins grande qu'au cas de deux aliénations successives, sinon à peu près nulle. C'est que la raison même de l'hypothèque est d'obtenir un paiement en espèces : or de deux choses l'une : ou bien le débiteur est devenu insolvable et le créancier pourra exercer l'action paulienne ou bien le débiteur est *in bonis*, et le créancier aura beaucoup plus d'intérêt à saisir les biens qui ne sont pas directement affectés à la garantie de sa créance, mais qui cependant forme son gage général. Est-il même bien exact que le créancier subisse dans le dernier cas un préjudice et puisse de ce chef prétendre à des dommages-intérêts ? On peut en douter. Le dommage est tout au moins bien minime sinon nul ; le créancier sera obligé de saisir d'autres biens que l'immeuble hypothéqué, le mobilier par exemple, mais la saisie exécution est plus facile et moins coûteuse que la saisie immobilière, il sera obligé de pratiquer plusieurs saisies sur des immeubles situés dans différents arrondissements, alors que l'immeuble vendu aurait suffi à le désintéresser intégralement, mais les frais seront à la charge du débiteur solvable par hypothèse. Peut-être cependant le créancier n'avait-il qu'une créance à terme et la suppression de son hypothèque l'expose à l'insolvabilité future du débiteur ; mais il n'est pas dépourvu de toutes ressources : il peut demander d'autres hypothèques pouvant même porter sur les biens à venir, eu vertu de l'article 2131, il pourra se prévaloir de l'article 1188 et demander son paiement immédiat, devenu possible lorsque les sûretés données par contrat ont été diminuées par le fait du débiteur, *a fortiori* lorsqu'elles sont devenues inexistantes. La responsabilité civile de l'acquéreur ne sera donc utilement invo-

quée qu'au cas d'insolvabilité du débiteur, lorsque cette insolvabilité n'a pas son origine dans l'aliénation consentie en fraude des droits du créancier hypothécaire.

Le faible intérêt, que peut avoir un créancier hypothécaire à invoquer l'article 1382 du Code civil pour repousser les prétentions d'un acquéreur ayant transcrit son contrat avant l'inscription de l'hypothèque, explique le petit nombre des décisions de jurisprudence sur cette question. On peut tout au plus citer un arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 1855 (affaire Verdier), qui constate la fraude concertée du vendeur et de l'acheteur, sans faire mention de l'insolvabilité du premier : « Attendu, dit la Cour, que l'arrêt attaqué, constate en fait que la vente du 17 octobre 1852 est le résultat d'une fraude concertée entre Verdier père et son fils pour soustraire aux poursuites de la femme de ce dernier l'immeuble qui fait l'objet de la vente, et qu'elle se trouve en présence d'un acheteur de mauvaise foi. » Il serait même bien téméraire d'affirmer que dans l'espèce la Cour de cassation et avant elle la Cour d'appel de Toulouse aient fait application de l'article 1382 du Code civil ; la pensée des magistrats ne ressort pas nettement des termes des motifs et reste incertaine ; peut-être n'ont-ils aperçu qu'un cas d'annulation paulienne, peut-être, et plus probablement même, faut-il voir ici une manifestation de l'adage souvent invoqué par la jurisprudence à l'instar d'une règle légale, *fraus omnia corrumpit*.

31. Les règles ci-dessus envisagées ne sont applicables qu'au cas où le débiteur a vendu la totalité de l'immeuble hypothéqué. Mais il peut se faire qu'il vende séparément les différents éléments qui constituent le gage du créancier, en particulier les

immeubles par destination qui sont grevés de l'hypothèque portant sur le fond auquel ils sont affectés, mais qui par leur nature sont des meubles pouvant être facilement détachés. La fraude sera d'autant plus facile à commettre que le débiteur reste en possession de l'immeuble : c'est un agriculteur qui hypothèque une ferme, c'est un industriel qui hypothèque une usine, l'hypothèque ne porte pas exclusivement sur les bâtiments ou les terrains mais également sur les animaux attachés à la culture, sur les machines servant à l'exploitation de l'usine. Rien ne sera plus facile de vendre séparément les animaux, les machines, et de diminuer dans de notables proportions la garantie du créancier. L'hypothèque confère bien un droit de suite, mais ce droit ne peut s'exercer que sur des immeubles, l'article 2119 décide en effet que les meubles n'ont pas de suite par hypothèque. Or les accessoires d'un fond ne sont réputés immeubles qu'autant qu'ils sont rattachés à ce fond par une affectation spéciale et qu'ils appartiennent au même propriétaire. Leur séparation du fond ou leur vente leur fait perdre leur qualité d'immeuble. Cependant le créancier hypothécaire n'a pas perdu pour cela tous ses droits : l'hypothèque lui confère deux droits : le droit de préférence et le droit de suite : l'article 2119 lui refuse le second, il ne lui enlève pas le premier. Lorsque l'acheteur n'aura pas payé le prix, il pourra exiger ce paiement et se faire colloquer par préférence sur ce prix et repousser le concours des autres créanciers du vendeur (1). Dans le cas contraire, deux hypothèses pourront se présenter : ou bien les meubles ont été livrés, et c'est dans cette hypothèse que la maxime : « les meubles n'ont pas de suite, par hypothèque » acquiert sa pleine

1. Cassation, 31 janvier 1870. D. 1870. I. 177.

efficacité : l'acquéreur se retranchera derrière l'article 2279 (1) cependant il sera évincé au cas de mauvaise foi. Ou bien, hypothèse plus difficile à résoudre, les meubles n'ont pas été livrés quoique le prix en ait été payé ; on affirme parfois que le créancier est dépourvu de droits pour saisir : le simple consentement a suffi pour aliéner les meubles, la tradition n'est plus nécessaire dans notre droit moderne. Or une des conditions indispensables pour qu'un meuble puisse être classé parmi les immeubles par destination, c'est qu'il appartienne au même propriétaire que le fond auquel le rattache son affectation. Donc quoique les objets vendus soient encore sur le fond, ils ont cessé d'être immeubles, ils sont devenus des meubles, et en vertu de l'article 2119 le créancier devrait avoir perdu, par le seul effet de la vente, tout droit de les saisir. Cependant la jurisprudence s'est prononcée en sens contraire (2). Refuser tout droit au créancier hypothécaire sur les meubles encore attachés au fond quoique vendus, c'est prêter à la maxime « meubles n'ont pas de suite par hypothèque » une portée trop absolue. La formule primitive était seulement : « meubles n'ont pas de suite », c'est-à-dire que les meubles ne pouvaient faire l'objet d'une action en revendication ; plus tard, quand, sous l'influence du droit romain, on admit la revendication des meubles, pour mettre la formule d'accord avec le changement survenu, on ajouta les mots : « par hypothèque ». On voulait dire que les meubles n'étaient pas susceptibles d'être hypothéqués. C'est la règle générale. Mais dans le cas où par exception les meubles peuvent être hypothéqués, en

1. Cassation, 5 juillet 1880. D. 1886. 1. 321 ; S. 81. 1. 105. Alger, 19 mars 1884. D. 85. 2. 134.

2. Paris, 22 mai 1868. D. 69. 2. 72 ; S. 68. 2. 253. Cassation, 24 mai 1909. D. 1911. 1. 9.

particulier dans le cas où ils sont qualifiés d'immeubles par destination, ils peuvent faire l'objet d'un droit de suite, dans les limites où un propriétaire lui-même pourrait l'exercer. C'est donc l'article 2279 qui est applicable. Or cet article exige non seulement la bonne foi des tiers, mais encore la possession réelle. D'ailleurs, la vente consentie par le débiteur est un contrat qui, comme tout autre, ne doit produire que des effets relatifs, qui n'intéressent que les parties contractantes. Ne serait-ce pas rendre la vente opposable aux tiers, déroger par suite à la règle *res inter alios acta, aliis neque nocere neque prodesse potest* que de la considérer comme annihilant les droits des créanciers acquis auparavant.

En un mot, en cas d'aliénation d'immeubles par destination, seule la livraison à un tiers de bonne foi peut causer préjudice aux créanciers hypothécaires.

§ 2. — Fraude contre les créanciers hypothécaires au moyen d'une nouvelle constitution d'hypothèques.

Résumé. — 32. Fraude au moyen de la subrogation consentie par le débiteur ; l'article 1259 du Code civil. — 33. Conflit entre deux créanciers hypothécaires, le système légal. — 34. Solution en cas de fraude.

Lorsqu'un débiteur a hypothéqué successivement à ses créanciers tous ses immeubles, il trouve très difficilement du crédit. Il est par suite souvent tenté de constituer une nouvelle hypothèque ayant un bon rang au mépris des droits des précédents créanciers hypothécaires. Les moyens employés ont varié suivant les époques.

32. Au cours du ^{xvii}^e siècle, le moyen le plus fréquent était celui de la subrogation dans les droits du créancier, consentie par le débiteur. Une déclaration du roi Henri IV du mois de mai 1609 avait permis aux débiteurs de consentir en faveur du tiers qui s'offrait à payer leurs dettes, la subrogation dans les droits du créancier désintéressé sans le concours et l'assentiment de ce dernier. Cette disposition était destinée à favoriser l'abaissement du taux de l'intérêt de l'argent. Des débiteurs peu scrupuleux ne tardèrent pas à profiter de cette institution nouvelle pour commettre une fraude. Celle-ci consistait à faire revivre, au détriment des créanciers inscrits, une hypothèque éteinte et qui avait un bon rang. Lorsque plusieurs créanciers étaient inscrits sur un immeuble, et que celui ayant l'hypothèque première en date avait été payé, le débiteur avait le moyen, en usant d'une antidate, de faire revivre cette hypothèque au profit d'un nouveau prêteur et d'empêcher les créanciers inscrits de profiter du paiement de celui qui les primait. Le désintéressement du créancier premier en date aurait dû les faire avancer d'un rang, mais le débiteur en faisant croire à une subrogation, pouvait conférer à un nouveau prêteur quelque temps après le paiement du créancier, cette hypothèque bénéficiant d'un rang excellent.

Pour éviter cette fraude contre les créanciers hypothécaires et privilégiés, un arrêt de règlement du Parlement de Paris du 6 juillet 1890 décida : « que pour succéder et être subrogé aux actions, droits, privilèges et hypothèques d'un ancien créancier, il faut que les deniers du nouveau créancier soient fournis à l'un des débiteurs, avec stipulation faite par acte passé par-devant notaires, qui précède

le paiement ou qui soit de la même date, que le débiteur emploiera les deniers au paiement de l'ancien créancier, que celui qui les prête sera subrogé aux droits du créancier, et que dans la quittance ou dans l'acte qui en tiendra lieu, lesquels seront passés par-devant notaires, il soit fait mention que le remboursement a été fait des deniers fournis à cet effet par le nouveau créancier. » La rédaction de l'acte d'emprunt et de la quittance par-devant notaire, et la double déclaration exigée dans ces deux actes rendaient la fraude impossible. Ces dispositions furent reproduites par les rédacteurs du Code civil dans l'article 1250. Il n'y a pas lieu d'insister sur cette mesure préventive contre la fraude ; elle ne soulève aucune difficulté. La sanction de la règle est sans contredit la nullité.

33. Un autre moyen de fraude également employé par des débiteurs contre les créanciers hypothécaires consiste à constituer de nouvelles hypothèques avant que les premières ne soient inscrites. La préférence entre les créanciers hypothécaires se règle en effet d'après la date de l'inscription. La date de la naissance du droit d'hypothèque est indifférente. On aperçoit sans difficulté la possibilité de fraude. Un débiteur, qui a constitué une hypothèque, peut accorder un rang de faveur à un autre créancier, à condition que ce dernier se hâte de procéder à la publicité. Il s'écoule nécessairement un certain délai entre l'acte constitutif d'hypothèque et l'inscription, le créancier ne réside pas toujours dans la commune où se trouve le conservateur des hypothèques, il a des formalités à remplir pour se faire délivrer son titre : ce délai lui sera souvent fatal.

L'article 2147 du Code civil favorise encore la fraude. Il décide que les créanciers inscrits le même

jour exercent en concurrence une hypothèque de la même date, sans distinction entre l'hypothèque du matin et celle du soir, quand même cette différence serait marquée par le conservateur. Le débiteur aura donc toujours un délai d'un jour pour pouvoir consommer la fraude ; peut-être la première hypothèque a-t-elle été inscrite le matin, une seconde hypothèque dans l'après-midi du même jour permettra au créancier qui l'a obtenue de concourir avec le premier. Si diligent soit-il, le premier créancier ne pourra jamais être complètement à l'abri de la fraude : alors même qu'il a inscrit son hypothèque, il court le danger d'une seconde hypothèque inscrite le même jour. Il y aura seulement éviction partielle, mais cependant éviction importante, si la créance garantie par la seconde hypothèque est considérable par rapport à celle que garantit la première. On peut difficilement expliquer un pareil système. On dit bien que parfois cette disposition permet au premier créancier de subir seulement une éviction partielle, alors que sans elle, il subirait une éviction totale, dans le cas où il aurait procédé à la publicité le second. C'est vrai. Mais il est plus normal de supposer que celui qui obtient le premier une hypothèque, l'inscrit le premier : l'article 2147 nuit donc au premier créancier hypothécaire plus souvent qu'elle ne lui profite, surtout si l'on considère que cette concordance entre les deux dates d'inscription ne sera pas fréquemment l'effet du hasard, mais bien plutôt de la hâte mise par un second créancier hypothécaire de mauvaise foi à faire publier sa sûreté. Il eut mieux valu n'introduire aucune exception à la règle générale. La loi tient compte d'une différence d'heures et même de minutes dans bon nombre d'autres matières, notamment lorsqu'il s'agit de transcription. Il n'y aurait

donc aucune impossibilité à obliger le conservateur des hypothèques à respecter l'ordre du dépôt des pièces à son bureau.

Le législateur n'a pris aucune disposition spéciale pour éviter les dangers du système moderne qui détermine le rang des créanciers d'après l'ordre des dates des inscriptions : il avait cependant, pour lui servir de modèle, deux anciennes dispositions légales : l'édit de mars 1693 et la loi du 9 messidor de l'an III. L'édit de mars 1693 accordait un délai pour prendre inscription et l'hypothèque inscrite dans le délai légal rétroagissait au jour de sa constitution : le délai était même très long, quatre mois pour les créanciers domiciliés en France et six mois pour les créanciers domiciliés hors de France. La loi du 9 messidor de l'an III avait adopté un système analogue. L'article 22 décidait que « tout acte de juridiction volontaire au contentieux, même le jugement susceptible d'appel, donne hypothèque du jour de sa date, s'il est inscrit dans le mois, passé lequel délai, l'hypothèque n'existe et n'a rang que du jour de son inscription. » Ce système n'a pas été suivi par les rédacteurs du Code civil. Faut-il le regretter, de même qu'il faut regretter que l'on n'ait pas donné aux créanciers hypothécaires un délai de quinze jours pour conserver leurs droits malgré la transcription ? Les raisons ne sont pas aussi impérieuses dans le premier cas que dans le second. Pour protéger les créanciers contre la fraude au moyen d'une vente, il suffirait de leur donner un délai de quinze jours après l'acte constitutif pour prendre inscription, sans faire rétroagir l'hypothèque. Pour les protéger contre une nouvelle constitution d'hypothèque consentie par le débiteur en fraude de leurs droits, il faudrait faire rétroagir l'hypothèque ins-

crité dans le délai de quinze jours. Dans le premier cas, l'acquéreur ne subirait pas un grand préjudice, puisque la purge lui permettrait, en offrant aux créanciers le juste prix, d'éteindre les hypothèques ; il ne serait évincé qu'au cas où les créanciers croiraient devoir surenchérir, et cette hypothèse ne se produirait que si le prix offert était réellement inférieur à la valeur vraie de l'immeuble. Dans le second cas au contraire, lors de la constitution de l'hypothèque un créancier ne saurait jamais la valeur exacte de la sûreté qui lui est offerte, il ne pourrait évaluer le passif à l'extinction duquel sont affectés les immeubles de son débiteur, une hypothèque rétroactive pourrait rendre sa sûreté illusoire. Il pourrait bien éteindre l'hypothèque qui lui nuit et être subrogé dans les droits du créancier, mais pour cela il faudrait qu'il débourse une certaine somme d'argent, et à la différence de l'acquéreur, le créancier ne doit pas un prix. Un système faisant rétroagir l'hypothèque au jour de sa date et l'assimilant en quelque sorte aux privilèges immobiliers prenant rang du jour de leur naissance lorsqu'ils sont publiés dans le délai légal, éviterait assurément la fraude, mais présenterait par contre d'autres graves inconvénients, et les avis sont partagés sur l'utilité et l'opportunité d'une semblable réforme.

34. Quoiqu'il en soit les solutions du Code civil doivent être appliquées rigoureusement lorsque le tiers à qui a été accordé l'hypothèque est de bonne foi. Mais en est-il de même lorsque ce tiers est de mauvaise foi et avait connaissance de l'hypothèque précédente quoique non inscrite ?

Il faut d'abord répéter ce qui a déjà été dit souvent, c'est que la connaissance qu'un tiers peut avoir de l'existence d'une hypothèque ou d'un privilège

n'équivaut pas à la publicité. L'article 2146 du Code civil exige pour la conservation du droit d'hypothèque une formalité spéciale que rien ne peut remplacer. Nos tribunaux l'ont maintes fois déclaré : « Attendu, dit la Cour de Paris le 21 juillet 1807 (1), qu'il ne suffit pas que le créancier, qui traite avec le propriétaire, ait eu connaissance du droit acquis à un créancier antérieur pour être primé par lui, qu'il faut que cette connaissance lui soit donnée en la forme spécifique portée par la loi, c'est-à-dire par une inscription prise en la manière et dans le temps qu'elle a déterminés. » « Attendu, répète la Cour Impériale de Bruxelles le 6 juillet 1809 (2), que la clause énonciative d'une hypothèque antérieure, ne faisait pas obstacle à ce que l'intimé ne put acquérir la priorité sur les biens hypothéqués en vertu d'une inscription prise dans les termes de la loi du 11 brumaire de l'an VII, en raison que de cette clause il ne résultait aucune convention d'où l'appelant put inférer un droit de préférence stipulé en sa faveur. »

Mais de même que le créancier hypothécaire peut invoquer vis-à-vis de l'acquéreur de mauvaise foi l'action paulienne, la renonciation aux droits acquis, la responsabilité civile édictée par l'article 1382 du Code civil, le créancier hypothécaire premier en date et inscrit le second, ne peut-il également se prévaloir de ces trois voies de droit pour faire annuler l'hypothèque consentie par son débiteur en fraude de ses droits à un tiers de mauvaise foi ?

Et tout d'abord, peut-il agir par l'action paulienne ? On serait tenté de répondre par l'affirmative puis-

1. Paris, 21 juillet 1807. Dalloz, répertoire alph., n° 1370. *Privileges et hypothèques*.

2. Bruxelles, 6 juin 1809. Sirey, 14.2.62.

qu'il s'agit d'un acte fait par un débiteur en fraude des droits d'un créancier et que seul le paiement est soustrait à l'action révocatoire, que la constitution d'hypothèque est par suite annulable pour cause de fraude, que de plus on reconnaît que tous les créanciers chirographaires, hypothécaires ou gagistes peuvent se prévaloir de l'article 1167 du Code civil. Et cependant je ne crois pas que l'action paulienne soit recevable dans l'hypothèse envisagée. Cette action a pour but de faire rentrer dans le gage général des créanciers des biens qui en sont sortis par fraude ; par suite tout créancier du débiteur doit avoir qualité pour l'intenter. Et cela est si vrai que la loi des faillites décide que ce sera le syndic qui devra l'exercer au nom de tous, car tous ont intérêt à cette action. Au cas d'une nouvelle constitution d'hypothèque consentie en fraude des droits d'un premier créancier hypothécaire il n'en est plus de même. Peu importe à la masse des créanciers qu'une hypothèque soit antérieure à une autre puisque toutes deux sont des hypothèques réelles garantissant des créances existantes. Un seul créancier a intérêt à l'annulation de la constitution d'hypothèque, or il y a intérêt non pas en qualité de créancier, mais en qualité de privilégié. L'action paulienne est une action destinée à faire respecter les droits des créanciers en général, elle est à la disposition de tous parce que tout acte diminuant le patrimoine du débiteur, diminue leur gage, elle est la sanction de l'article 2092 qui veut que tous les biens du débiteur soient affectés au paiement des dettes. Au contraire, elle ne protège pas les intérêts individuels de tel ou tel créancier : un créancier hypothécaire peut assurément intenter l'action paulienne, mais alors il faut qu'il fasse en quelque sorte abstraction de son hypothèque, il faut qu'il

agisse comme s'il n'avait pas de sûreté particulière. Il ne peut user de l'article 1167 que lorsque la masse des créanciers chirographaires a le droit de l'invoquer, ce qui n'a pas lieu dans l'espèce.

Restent la renonciation au droit de se prévaloir du défaut de publicité et la responsabilité du tort causé par un délit civil. Il est certain qu'une personne ayant le droit de se prévaloir de l'absence de publicité d'une hypothèque, en particulier un créancier hypothécaire, peut renoncer à ce droit et convenir qu'une hypothèque constituée avant mais publiée après la sienne bénéficiera d'un rang de faveur. « Unusquisque potest juri in favorem suam introducto renuntiare. »

Lorsque le débiteur a donné connaissance à un créancier dans l'acte constitutif d'hypothèque de l'existence d'une précédente hypothèque non inscrite, n'y a-t-il pas une convention de ce genre? En apposant sa signature à un acte faisant mention d'une hypothèque, le créancier s'est engagé à respecter cette hypothèque quoique non inscrite, il en a reconnu l'antériorité, il est lié par cette reconnaissance et doit laisser le créancier qui en est titulaire produire avant lui dans l'ordre qui sera ouvert sur le prix de vente de l'immeuble hypothéqué. Qu'on ne dise pas que le créancier non inscrit n'a pas été partie au contrat, que par suite il ne doit pas profiter de cette convention. Il y a là simplement une stipulation pour autrui. Cette stipulation est bien la condition d'une stipulation principale que le débiteur a fait pour lui-même, elle est valable selon l'article 1121. La Cour de cassation, le 7 décembre 1831, en a reconnu la validité en décidant que celui qui a concouru comme clerc de notaire à la passation d'un contrat d'obligation avec stipulation d'une hypothèque, que le créancier

a négligé d'inscrire, peut être considéré comme ayant renoncé au droit de se prévaloir de l'antériorité de l'inscription d'une hypothèque qu'il a obtenue sur les mêmes biens. « Attendu, dit la Cour dans cet arrêt (1), qu'il est évident que la participation que le sieur François Huguais a eu à l'acte souscrit au profit de Louis Madelaine, et les circonstances qui s'y rattachent l'obligeaient à ne rien faire qui put en paralyser l'effet, et qu'il ne devait pas accepter pour gage des biens qu'il savait avoir été hypothéqués à la créance de Madelaine, et faire avec les débiteurs de cette créance d'autres actes dont le résultat a été d'anéantir toutes les ressources qui pouvaient en garantir l'exécution. » La Cour Suprême ne constate pas un dol concerté de la part du débiteur et du créancier, bien au contraire, si elle avait semblé d'abord mettre en doute la sincérité des actes, elle avait fini par reconnaître qu'en définitive ces actes pouvaient être sincères et sérieux. Seule la renonciation à un droit acquis, résultant des actes mêmes du nouveau créancier, est retenue par les juges. Cet arrêt a été tantôt approuvé, tantôt critiqué par les auteurs. M. Pont (2) croit « qu'il y a là une violation flagrante de la loi, car rien ne peut suppléer l'inscription considérée comme moyen de manifester aux yeux des tiers l'existence d'une hypothèque et c'est méconnaître la pensée même de la loi, détruire son économie, et aller manifestement contre la supposition de notre article 2134, qu'opposer à un créancier qui excipe du défaut d'inscription la connaissance qu'il aurait eue personnellement de la constitution d'hypothèque. » MM. Aubry et Rau (3),

1. S. 433. 1. 315.

2. Pont, *Privilèges et hypothèques*, n° 728.

3. Aubry et Rau, § 267, note 9.

au contraire, estiment que cette critique n'est pas fondée, que cet arrêt fait une juste application du principe de la liberté des conventions. Je crois la solution de la Cour de cassation juste et digne d'être suivie, sous réserve cependant de la question de preuve. Induire la renonciation à un droit d'hypothèque de circonstances purement matérielles, telle que la rédaction d'un acte comme clerc de notaire, est peut-être un peu hardi. N'y aurait-il pas lieu d'exiger la preuve écrite ou tout au moins le commencement de preuve par écrit ? La renonciation à une hypothèque ou la convention d'antériorité est un contrat, qui doit être régi par les règles générales de preuve des contrats, par l'article 1341 du Code civil en particulier. Il serait peut-être plus juridique de n'admettre la renonciation qu'au cas où la mention de la première hypothèque aurait été faite dans un acte écrit signé par le nouveau créancier, notamment dans l'acte constitutif de la seconde hypothèque.

Le créancier hypothécaire ne peut donc repousser les prétentions de celui qui invoque une hypothèque, publiée avant la sienne quoique constituée après, au moyen du principe de la renonciation que dans des cas limités, il est dépourvu de l'action paulienne mais au contraire il trouve dans l'action en responsabilité civile un moyen vraiment efficace pour la protection de ses droits. Souvent le second créancier hypothécaire a été l'instigateur de la fraude, il a suggéré au débiteur de lui constituer cette garantie, il a employé pour atteindre ce but toute son activité, il s'est hâté de déposer les bordereaux d'inscription chez le conservateur des hypothèques, il a usé de manœuvres frauduleuses pour retarder l'inscription de la première hypothèque. Sa responsabilité est engagée. Le meilleur moyen qui s'offre à lui de

réparer le tort causé est de laisser le créancier lésé se payer sur le prix de l'immeuble avant lui. Cette solution était déjà proposée par MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes : « le fait illicite dont les parties se seraient rendus coupables les oblige à réparer le préjudice causé et la meilleure réparation consiste évidemment dans l'impossibilité d'opposer le défaut d'inscription, elle est adéquate au dommage (1) ». C'est grâce à ce principe de l'article 1382 que peuvent être expliqués plusieurs décisions de la jurisprudence annihilant une hypothèque constituée en fraude des droits d'un autre créancier hypothécaire, en particulier l'arrêt de la Cour de cassation du 22 janvier 1868 que la Chambre des Requêtes base à tort sur l'article 1167. Il eut été préférable que la Cour de cassation motive sa solution par l'article 1382. Elle en avait la faculté, puisque l'arrêt constate que « le sieur de Font Réaulx (second créancier hypothécaire), après avoir endormi la vigilance du mandataire de la veuve Grelier (premier créancier hypothécaire), pour l'exécution de l'acte passé en faveur de celle-ci, par de fausses promesses et des manœuvres déloyales, est parvenu à faire inscrire son hypothèque avant celle concédée à la dame Grelier ». En mentionnant les actes déloyaux employés pour atteindre ce but, la Cour de cassation aurait pu se borner à constater la responsabilité civile de l'auteur, au lieu de rechercher la sanction dans l'article 1167. L'équité aurait également prévalu et la règle juridique n'aurait subi aucune atteinte ni aucune lésion.

1. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nantissement, des privilèges et des hypothèques*, n° 1539.

**§ 3. — Fraude contre les créanciers
hypothécaires au moyen d'une aliénation
suivie de purge**

Résumé. — 35. Comment la fraude au moyen d'une aliénation suivie de purge est-elle possible. — 36. Doit-elle être réprimée ? Doctrine admettant la solution négative. — 37. La doctrine contraire. — Solution qui doit être admise. — 38. La jurisprudence.

35. Pour permettre la libre circulation des immeubles hypothéqués et leur aliénation sans diminution de leur valeur réelle, la loi a créé une institution permettant aux acquéreurs de faire disparaître les hypothèques qui grèvent l'immeuble objet de l'acquisition : c'est ce qu'on appelle la purge. L'acquéreur offre aux créanciers inscrits le prix qu'il doit payer et ceux-ci peuvent soit l'accepter soit faire une surenchère du dixième et requérir la mise aux enchères de l'immeuble. Mais si l'on en juge par le grand nombre des décisions de jurisprudence sur ce point, la purge est une occasion très fréquente de fraude : le débiteur conclut avec un tiers complice une vente simulée, une contre-lettre annule le contrat apparent : mais ce contrat apparent permet au tiers d'opérer la purge, il offrira un prix très modique aux créanciers inscrits, et ceux-ci ne voulant pas courir les aléas d'une mise aux enchères, ni s'engager à devenir adjudicataires en payant le prix offert augmenté du dixième, accepteront l'offre faite : les derniers inscrits ne seront pas payés, mais néanmoins leurs hypothèques seront éteintes. Et le débiteur se prévalant alors de la contre-lettre, efficace entre lui et le tiers, rentrera en possession de son immeuble libre désormais des

hypothèques qui le grevaient. Ou bien encore la vente était sérieuse, mais une partie du prix a été déguisée : l'immeuble a été vendu 1.000 par exemple mais le débiteur s'est mis d'accord avec l'acheteur pour faire un contrat de vente faisant mention du prix de 800 seulement : l'acquéreur a offert aux créanciers ce prix réduit, offre qui a été acceptée, et il a versé les 200 restant dus, au vendeur, qui a ainsi obtenu de son immeuble une partie de sa valeur, quoique cependant le passif auquel il était affecté soit supérieur à cette valeur. Ou bien encore le débiteur se sachant insolvable, donne son immeuble ou le vend pour un vil prix à un de ses amis, sans se soucier des droits de ses créanciers.

36. Les créanciers hypothécaires seront-ils désarmés en face de ces actes frauduleux ? Doit-on leur accorder l'action en déclaration de simulation ou l'action paulienne ? Une première doctrine répond par la négative. Les créanciers inscrits, dit-on, ont la faculté de surenchérir, s'ils trouvent le prix offert insuffisant ; par la mise aux enchères, ils peuvent obtenir la valeur réelle de l'immeuble déterminée par la loi de l'offre et de la demande. Deux hypothèses peuvent se réaliser : ou bien les créanciers repoussent l'offre faite et demandent la mise aux enchères, par là même le plus haut prix sera atteint, les créanciers ne subissent aucun préjudice, une saisie immobilière pratiquée par eux sur l'immeuble aurait également aboutie à une mise aux enchères ; ou bien les créanciers acceptent l'offre faite, soit expressément au moyen d'une notification à l'acquéreur de l'acceptation, soit tacitement en laissant s'écouler les délais qui leur sont accordés pour faire la surenchère ; par là même ils reconnaissent que le prix offert représente la valeur réelle de l'immeuble,

qu'une mise aux enchères aurait grande chance de demeurer infructueuse. Donc ils n'auront jamais qualité pour faire annuler la vente comme conclue par leur débiteur en fraude de leurs droits, ils sont suffisamment protégés par les règles sur la purge.

Quelques Cours d'appel ont suivi cette doctrine au commencement du XIX^e siècle : la Cour de Paris le 21 nivôse de l'an XIII (1), la Cour de Douai le 25 avril 1814 (2) et la Cour de Bourges le 25 mai 1827 (3). Si l'opinion des juges reste imprécise dans l'arrêt de la Cour de Paris, les motifs indiquant seulement « qu'il n'y a dans la cause aucune preuve ni présomption de fraude », cette opinion se précise dans les arrêts des Cours d'appel de Douai et de Bourges. La Cour de Douai repousse l'action du créancier hypothécaire, qui, dit-elle, n'a pas d'intérêt à demander l'annulation de la vente, « car cet acte ne lui enlevant aucun droit et conservant son hypothèque sur l'immeuble, il ne peut se plaindre d'une transmission indifférente à l'exercice de la créance demeurée toujours affectée sur le bien vendu, dont il lui fut loisible d'exiger la remise du prix, si la vente lui semble faite au taux de la valeur de l'immeuble, ou de poursuivre la surenchère après la notification qui lui fut faite du contrat. » De même la Cour d'appel de Bourges décide que les créanciers inscrits qui n'ont pas usé dans les délais du droit de surenchérir, ne sont pas recevables à prétendre que le prix de vente est simulé, car, par le défaut de surenchère, le prix porté au contrat est légalement fixé.

37. Cette opinion est aujourd'hui à peu près complètement abandonnée par la doctrine et par la

1. Paris, 21 nivôse de l'an XIII. Devilleneuve, V, 2. 2. 17.

2. Douai, 28 avril 1814. S. 19. 2. 226.

3. Bourges, 25 mai 1827. S. 29. 2. 199.

jurisprudence. Il est en effet inexact de prétendre que les créanciers hypothécaires n'aient aucun intérêt à l'annulation de la vente. Il est possible tout d'abord que leurs créances soient à terme. Or, par suite de la purge, ils vont être remboursés avant l'échéance quoique le terme fut peut être stipulé en leur faveur. Ils avaient prêté à un intérêt élevé, ils trouveront difficilement pour leurs capitaux un placement aussi rémunérateur. En admettant même que leurs créances soient échues ou que le terme ait été stipulé seulement dans l'intérêt du débiteur, les créanciers peuvent être lésés par la vente suivie de purge : pour requérir la mise aux enchères, il faut qu'ils s'engagent à faire une surenchère du dixième : ils peuvent rester par suite des adjudicataires, si de nouveaux enchérisseurs ne couvrent pas leur surenchère. C'est là une lourde charge, devant laquelle les créanciers reculeront souvent. La saisie immobilière aboutit à une vente aux enchères sans que les créanciers soient tenus à une pareille obligation. Si donc théoriquement les créanciers sont à l'abri de tout dommage par suite des règles de la purge, pratiquement ils en subissent un préjudice. La saisie aurait peut-être procuré un prix plus élevé que l'offre à fin de purge, et leur aurait permis d'être tous intégralement payés. Ne voulant pas courir les risques de la surenchère, ils ont accepté l'offre faite et les derniers inscrits ne seront pas payés ou ne le seront qu'en partie. L'absence d'intérêt ne doit donc pas être un obstacle à l'action des créanciers hypothécaires tendant à l'annulation de l'aliénation qui a servi de base à la purge.

Mais quel sera le fondement de cette action ? L'hypothèque confère-t-elle à celui qui en est bénéficiaire une action spéciale pour annuler l'acte frauduleux

qui tend à la rendre inefficace ? Nullement. L'article 2185 du Code civil lui accorde seulement le droit de requérir la mise de l'immeuble aux enchères et adjudications publiques et indique à quelles conditions il pourra user de ce droit. C'est le seul que lui procure son hypothèque : sa sûreté réelle ne lui confère pas le droit de prétendre que la vente est fictive, que le prix est déguisé. L'acquéreur offre le prix qui, selon lui, représente la valeur réelle de l'immeuble et non le prix d'acquisition : s'il estime qu'il a acheté trop cher, il peut offrir aux créanciers un prix moindre et il a intérêt à le faire s'il a déjà payé en partie le vendeur. Et en ce sens la Cour d'appel de Douai a eu raison de constater que « la simulation du contrat ne peut avoir eu pour but de détruire l'hypothèque du créancier qui est toujours demeuré assise sur le bien. »

Mais ce que la Cour de Douai n'a pas aperçu, c'est que le créancier qui a obtenu une hypothèque sur les biens de son débiteur n'est pas réduit à user des droits que lui confère sa sûreté. Il a aussi tous les droits que lui attribue son titre de créancier chirographaire, en particulier il peut exercer l'action paulienne ou en déclaration de simulation dans les hypothèses où un créancier ordinaire pourrait le faire. Cette dualité de droits qui se rencontre en la personne des créanciers hypothécaires a été mise en lumière par le jugement du tribunal des Andelys, du 25 mars 1828, confirmé par la Cour d'appel de Rouen le 4 juillet 1828 (1), qui constate « que les créanciers hypothécaires ont deux qualités, celles de surenchérisseur et celle de créancier, que l'article 2185 du Code civil en soumettant le surenchérisseur à diverses for-

1. Sirey, 29-2-217.

malités n'a nullement entendu l'obliger à adhérer aux clauses d'un contrat qui nuisait à ses intérêts, ni déroger à l'article 1167 du même Code, d'après lequel tout créancier a le droit d'attaquer les actes faits à son préjudice. »

Il y a lieu de distinguer deux cas : ou bien le créancier n'a pas encore pris parti et est encore dans le délai légal ; ou bien le créancier a pris parti : il a accepté l'offre faite ou il a surenchéri.

Le créancier n'a pas encore pris parti : dans ce cas il n'est pas douteux que le droit d'agir en déclaration de simulation ou d'intenter l'action paulienne lui appartient. Lorsqu'un acte de nature à diminuer le patrimoine du débiteur est passé par ce débiteur en connaissance de cause, le droit de l'annuler appartient à tous les créanciers sans distinction, chirographaires, gagistes, antichrésistes, hypothécaires. Tous y ont intérêt, tous peuvent l'intenter. De même pour l'action en déclaration de simulation.

La Cour de cassation le 2 août 1836 (1) a décidé que le créancier hypothécaire inscrit qui attaque la vente de l'immeuble hypothéqué comme faite en fraude de ses droits ne peut être déclaré non recevable sur le motif que la surenchère lui donne un moyen plus simple d'exercer ses droits. Le droit hypothécaire ne retire nullement au titulaire les actions qu'il possède à titre de créancier. Et si l'acquéreur ne fait pas des offres à fin de purge, le créancier hypothécaire a un très long délai pour intenter ces actions, trente ans pour l'action en déclaration de simulation, aucun texte n'établissant une prescription plus courte, trente ans également pour l'action paulienne, la jurisprudence décidant que l'article 1304 du Code

1. Sirey, 1836-1-657.

civil est inapplicable à l'action révocatoire des actes frauduleux qui ne peut s'éteindre que par la longue prescription du droit commun.

Seconde hypothèse : le créancier a pris parti, il a accepté l'offre faite, expressément ou tacitement, il a demandé la mise aux enchères, s'engageant à demeurer adjudicataire de l'immeuble, au cas où aucun nouvel enchérisseur ne se présenterait, peut-être même a-t-il pris part à l'ordre ouvert pour la distribution du prix. La difficulté est plus sérieuse, car il est intervenu entre le créancier hypothécaire et l'acquéreur une convention qui tient lieu de loi à ceux qui l'ont faite. Les parties ne peuvent plus, par leur volonté unilatérale, se dégager de leur engagement : l'offre a-t-elle été acceptée, le créancier hypothécaire s'est engagé à se contenter du prix offert, l'acquéreur s'est engagé à payer ce prix et pour l'exécution de cette promesse, le créancier pourra saisir non seulement l'immeuble objet de la purge mais tous les biens personnels de l'acquéreur. L'offre a-t-elle été repoussée : le créancier s'est engagé à se porter adjudicataire pour le prix offert augmenté du deuxième, il est lié par cet engagement, et rien ne peut empêcher la mise aux enchères, les autres créanciers hypothécaires, qui y ont intérêt, peuvent exiger cette vente sur surenchère et faire déclarer le créancier, qui a repoussé l'offre à fin de purge, adjudicataire si aucune autre personne ne se présente. Il faut alors non seulement examiner si le créancier peut faire annuler la vente qui est la base de la purge, mais encore apprécier la validité de la convention à laquelle il a adhéré. S'il y a aliénation fictive et que la simulation soit reconnue, la convention est assurément nulle : l'offre à fin de purge a été faite par un tiers sans qualité pour la faire : il n'a pu agir qu'à titre de mandataire ou

de gérant d'affaires pour le compte du propriétaire de l'immeuble, qui seul a qualité pour purger : or le propriétaire était le débiteur, garant de l'hypothèque, qui par là même n'avait pas la faculté de purger. Le même raisonnement ne pourrait être fait au cas où l'acte serait déguisé ou aurait été conclu dans des conditions si désavantageuses pour le vendeur qu'il créerait ou augmenterait son insolvabilité : dans ces hypothèses, le tiers aurait bien qualité pour purger, alors même qu'une donation aurait été cachée sous un contrat de vente, car le donataire a le droit de purger de même que l'acheteur, alors même que le prix vrai n'aurait pas été déclaré, car l'acquéreur n'est pas obligé d'offrir aux créanciers inscrits la totalité du prix d'achat, alors même que l'aliénation aurait été conclue dans des conditions très avantageuses pour le vendeur, car l'acheteur n'en devient pas moins propriétaire. Cependant le créancier hypothécaire ne sera pas astreint à respecter la convention passée entre lui et le tiers acquéreur à la suite des offres à fin de purge, car l'annulation pourra être demandée par lui pour vice du consentement. Il y a eu erreur et même dol sinon dans tous les cas, du moins pour la plupart. La simulation, le déguisement ont eu lieu pour tromper le créancier : cette manœuvre frauduleuse constitue assurément le dol susceptible de motiver une action en nullité de la part de celui qui en est victime. Lorsque le créancier a opté entre l'acceptation des offres ou la surenchère, il a commis une erreur substantielle, ignorant la fraude de son débiteur et croyant que l'acte qui lui était notifié était un acte passé de bonne foi. Mais les règles régissant l'action en nullité pour vice du consentement devront être observées : en particulier le délai de la prescription sera de dix ans, dont le point de

départ sera, non le jour même du contrat, mais le jour de la découverte de l'erreur ou du dol. Le créancier pourra par suite être dans l'impossibilité de faire annuler l'acceptation de l'offre qui lui a été faite pour opérer la purge, l'action en nullité étant prescrite, alors que cependant il serait encore dans les délais utiles pour faire reconnaître que le prix porté au contrat de vente par exemple, est inférieur au prix réel.

38. La controverse est d'ailleurs définitivement tranchée en faveur des créanciers hypothécaires : il a été jugé par un bon nombre de Cours d'appel (1) que le défaut de surenchère n'enlève pas aux créanciers hypothécaires le droit d'attaquer la vente pour fraude ou de faire constater qu'elle a été déguisée. La Cour de cassation a confirmé ce point de vue dans trois arrêts du 19 août 1828, 18 février 1878 et 23 juillet 1888 (2). La jurisprudence a également admis dès le début du XIX^e siècle que le fait d'avoir surenchéri n'empêche pas renonciation de la part des créanciers hypothécaires au droit d'invoquer l'article 1167 du Code civil (3). La même solution est admise quand l'ordre a été ouvert et même que le prix a été distribué (4).

La question de la validité de la purge frauduleuse

1. Montpellier, 14 décembre 1827. S. 28.2.99 ; Bourges, 24 janvier 1828. S. 29.2.335 ; Riom, 15 janvier 1839. S.39.2.481 ; Nancy, 9 mai 1840. Dalloz. Rép. alph. *Privilèges et hyp.*, n^o 2114 ; Angers, 13 juillet 1887. S. 1889.1.243.

2. Chambre des Requêtes, 19 août 1828. S. 28.1.425 ; Chambre des Requêtes, 18 février 1878. S. 78.1.165 ; Cassation, 23 juillet 1888. S. 89.1.243.

3. Bruxelles, 18 décembre 1810. S. 1812.2.139 ; Limoges, 11 janvier 1812. S. 1815.2.111 ; Cassation, 11 janvier 1815. S. 1815.1.251 ; Chambre des Requêtes, 14 février 1826. S. 1826.1.342 ;

4. Limoges, 21 décembre 1822. S. 1823.2.300 ; Bordeaux, 14 juillet 1873. S. 1874.2.81 ; Bordeaux, 17 août 1848. D. 49.2.61.

a même été examinée vis-à-vis des créanciers à hypothèques légales. C'est l'espèce jugée par la Cour de Bastia le 5 avril 1853 et la Cour de cassation le 11 juillet 1855 (1). Il s'agissait de la purge d'hypothèques légales non inscrites et dispensés d'inscription. Le sieur Orsini possédait un immeuble grevé d'une hypothèque légale au profit de mineurs ; pour faire disparaître cette hypothèque, il fit une vente fictive à un ami complaisant, Poli, qui procéda à la purge et les délais pour prendre inscription s'écoulèrent sans qu'une inscription ne fut prise. Mais la Cour de Bastia, puis la Cour de cassation décidèrent que l'hypothèque n'en subsistait pas moins, que le sieur Poli n'était pas acquéreur sérieux, n'avait pas qualité pour purger : « Attendu que l'hypothèque légale dont il s'agit n'a pu disparaître par la purge opérée par Poli, acquéreur de la maison Orsini, et dont la vente a été annulée plus tard pour cause de simulation, que la purge n'a été introduite qu'en faveur des tiers acquéreurs nantis d'un titre valable, translatif de propriété, que le titre qui a donné lieu à la purge dont on voudrait se prévaloir ayant perdu son caractère essentiel, il faut considérer la purge comme non avenue, parce que ce qui est nul ne peut produire effet. ».

Toute incertitude a cessé d'exister sur cette question : on ne peut citer depuis 1830 aucun arrêt statuant en sens contraire. Et l'on ne peut qu'approuver cette jurisprudence protectrice des intérêts des créanciers hypothécaires. S'il est vrai de dire que la purge est une institution nécessaire, que lorsque les formalités exigées sont accomplies, elle doit produire la plénitude de ses effets et ne laisser subsister aucune

1. Cassation, 11 juillet 1855. D. 56.1.9.

hypothèque inscrite ou non inscrite, cela ne doit être que lorsqu'elle est pratiquée par une personne de bonne foi. Mais il serait inadmissible que cette institution puisse servir à un débiteur qui s'efforce par des moyens blâmables et à l'aide de la complicité d'un tiers de supprimer les garanties qu'il a accordées à ses créanciers. Plénitude d'effets de la purge exercée par des tiers de bonne foi, absence d'efficacité à l'égard des tiers de mauvaise foi, tel est le résultat auquel une juste application du Code civil aboutit. Jamais les tiers de bonne foi ne seront atteints : même par l'action paulienne, car avant de l'exercer il faut faire annuler pour dol la convention conclue entre le créancier et le tiers qui purge, et l'action en nullité n'est recevable que lorsque le dol émane de l'autre partie contractante. On aperçoit, par suite, facilement toute l'utilité que peut avoir cette action préjudicielle, elle sera une garantie et une protection pour le donataire de bonne foi (1).

1. Il y a lieu de signaler un contrat qui constitue souvent un moyen de fruster les créanciers hypothécaires, c'est la cession ou quittance de loyers non échus. Cette convention donne lieu à de très grosses difficultés et nécessiterait pour être étudiée sérieusement, de très longs développements, qui ne peuvent figurer dans cette modeste étude.

Dès avant 1855, les tribunaux la considéraient comme suspecte et cherchaient souvent à en limiter les funestes conséquences, en l'annulant comme frauduleuse, en vertu de l'article 1167 (Douai, 26 février 1850. D. 52.2.78 ; Colmar, 6 août 1851. D. 55.2.258).

Les difficultés qu'elle soulève, quoiqu'atténuées par la loi du 23 mars 1855 qui exige la transcription de toute cession ou quittance de plus de trois années de loyers non échus n'ont pas disparu : je me borne à les énumérer :

1° La cession de moins de trois ans de loyers est-elle opposable aux créanciers hypothécaires antérieurement inscrits, le droit réel des créanciers ne s'étend-il pas aux fruits à percevoir, ce droit ne cesse-t-il pas seulement lors de la perception et de la séparation des fruits de l'immeuble ? Doit-on assimiler au deta-

chement des fruits les actes par lesquels le propriétaire dispose des fruits non encore détachés ?

2° L'immobilisation des fruits et loyers, prévue par l'article 82 du Code de procédure civile, à partir de la transcription du procès-verbal de saisie, s'applique-t-elle même aux fermages et loyers cédés par anticipation avant la transcription de la saisie mais après l'inscription des hypothèques, mais non encore perçus ou échus lors de la transcription ?

3° La cession de plus de trois ans de loyers non transcrite est-elle nulle pour le tout ou doit-elle seulement être réduite à trois ans ? (V. particulièrement Cassation, Ch. civ., 3 décembre 1919. S. 1920.1.371) ;

4° Y a-t-il lieu, en législation, d'étendre la nécessité de la transcription aux cessions de moins de trois ans, et de restreindre dans des limites plus étroites, le droit des propriétaires de disposer de loyers non encore échus.

Questions fort complexes sur lesquelles la discussion n'est pas près d'être close !

CHAPITRE II

FRAUDE CONTRE LES CRÉANCIERS GAGISTES

Pour pouvoir apprécier toute la garantie que fournit la remise d'un gage, il faut examiner les deux questions suivantes : le débiteur peut-il, après avoir remis à son créancier une chose mobilière à titre de gage, passer valablement de nouveaux actes juridiques ayant pour objet le meuble engagé, et nuire par ces actes frauduleux à son créancier ? Quels sont les moyens dont dispose celui-ci pour combattre la fraude de son débiteur ?

§ 1. — Fraude contre les créanciers gagistes au moyen d'une aliénation

Résumé. — 39. Créancier gagiste ordinaire.
40. Bailleur d'immeuble.

39. Le débiteur peut après avoir consenti le gage conclure une vente ou une donation portant sur le même objet. Il n'a pas cessé d'être propriétaire par suite de la mise en gage, il peut donc conclure valablement une vente ou une donation sans que l'article 1599 du Code civil l'en empêche, car il aliène non pas la chose d'autrui, mais sa propre chose. Ces actes seront-ils opposables au créancier gagiste ? Il faut d'abord examiner si le gage a été valablement constitué. Or l'article 2076 du Code civil décide que

le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties. Si donc le gage est resté entre les mains du débiteur, il n'est pas douteux que le donataire et l'acheteur seront préférés au créancier gagiste.

Mais qu'arrivera-t-il lorsque le créancier aura été mis en possession de la chose donnée en gage ? Pourra-t-il demeurer en possession après la vente ou la donation ? Le débiteur a cessé d'être propriétaire car l'aliénation est valable par le seul consentement sans qu'il soit besoin de tradition. N'est-il pas anormal que le créancier ait à titre de gage, une chose appartenant à un tiers ? Le créancier pourra cependant repousser toute revendication du tiers-acquéreur car la vente n'est qu'un simple contrat, qui ne produit que des effets relatifs, le créancier a en vertu du gage un droit réel sur la chose, il est un tiers pour tous les actes passés par son débiteur ; l'aliénation produira bien des effets entre l'aliénateur et l'acquéreur, mais elle ne sera pas opposable au gagiste. Il n'y a d'ailleurs rien d'anormal à ce qu'un créancier demeure en possession d'un gage n'appartenant pas à son débiteur. Cette hypothèse est réalisée dans un cas prévu par le Code civil lui-même, lorsqu'un tiers engage un meuble lui appartenant pour garantir la dette d'autrui (article 2077).

Mais ceci suppose que le créancier est toujours demeuré en possession, qu'il n'a jamais été dessaisi ; que dire si le débiteur était parvenu à s'emparer du gage, à l'insu du créancier, ou au moyen de violences contre son gré ? Le gagiste peut certainement revendiquer le gage tant qu'il se trouve entre les mains du débiteur. Celui-ci est tenu en vertu d'un contrat de laisser le gage au créancier jusqu'à parfait paiement

de la dette, le créancier peut exiger la stricte exécution de cette obligation. Mais je suppose que l'objet engagé ait été aliéné par le débiteur ; le créancier pourra-t-il exercer un droit de suite contre les tiers acquéreurs ? Il faut distinguer entre les tiers acquéreurs de bonne ou de mauvaise foi. Le gagiste a le droit de suite vis-à-vis des tiers de mauvaise foi dans les mêmes conditions que le propriétaire et l'on doit par conséquent appliquer l'article 2279.

On prétend parfois que cette solution est inexacte. Il est certain, dit-on que le créancier gagiste peut exercer le droit de suite : la chose donnée en gage est-elle été aliénée par un non propriétaire, par un simple détenteur à titre précaire, un locataire, un emprunteur par exemple, la revendication ne sera ouverte que contre les tiers de mauvaise foi et elle pourra être exercée pendant trente ans : la chose a-t-elle été volée au gagiste ou perdue par lui, il pourra la réclamer au voleur ou à la personne qui l'a trouvée également pendant trente ans, a-t-elle déjà passé par l'aliénation aux mains de tiers, la revendication ne sera permise que pendant trois ans, avec les restrictions contenues dans l'article 2280 du Code civil.

Dans ces hypothèses, l'action en revendication est alors dirigée contre des personnes non propriétaires, qui tiennent leurs droits d'auteurs non propriétaires. On comprendrait qu'elles soient évincées. Mais au contraire, lorsque le débiteur a vendu le gage, qu'il a soustrait au créancier, le tiers acquéreur tient ses droits du vrai propriétaire, comment pourrait-il être évincé ?

Mais c'est qu'il n'y aura pas éviction totale. Le tiers acquéreur demeurera propriétaire, mais il devra

respecter les droits des créanciers gagistes : il pourra par suite rester en possession de la chose en désintéressant le créancier. Il tient ses droits d'un propriétaire, sans doute, mais d'un propriétaire qui n'avait plus sur la chose qu'un droit de propriété démembré diminué par suite de la constitution de gage. L'ayant cause qui connaissait ce droit de gage ne peut acquérir plus de droit que son auteur, et n'aura également qu'une propriété restreinte. Si au contraire le tiers acquéreur ignorait la constitution de gage, sa bonne foi le protégera. Pour qu'il succombe, il faudrait que le Code ait accordé au créancier gagiste, une action spéciale, analogue à celle que les Romains appelaient *actio pignoratitia in rem*, permettant au créancier de faire valoir son droit de gage à l'égard de tous tiers quels qu'ils soient. Le Code civil ne contient aucune disposition semblable ; bien au contraire, il n'accorde cette *actio pignoratitia* que dans une hypothèse spéciale, à un seul créancier gagiste, le bailleur d'immeuble. Mais la saisie-revendication des meubles garnissant un appartement ou une ferme est une faveur qui ne doit être accordée que dans l'hypothèse prévue par la loi.

L'action en revendication du créancier gagiste n'est d'ailleurs pas la seule sanction. Le débiteur qui soustrait son gage est passible de peines correctionnelles. L'article 400 du Code pénal punit tout débiteur qui aura détourné ou tenté de détourner les objets par lui donnés à titre de gage, des peines prévues par l'article 401, c'est-à-dire de un à cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 16 à 500 fr. De plus, le créancier pourra agir contre lui et réclamer le paiement intégral de ce qui lui est dû, alors même que la créance serait à terme, car le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsqu'il

a par son fait diminué les sûretés qu'il avait par contrat données à son créancier.

40. J'ai déjà signalé qu'il y avait des règles un peu spéciales pour le gage du bailleur d'immeubles sur les meubles apportés par le locataire dans l'appartement loué ou par le fermier dans la ferme. Pourquoi le législateur a-t-il cru nécessaire d'édicter des dispositions particulières pour ce créancier gagiste ? C'est que le bailleur d'immeuble est particulièrement exposé à la fraude. L'article 2102 du Code civil lui accorde bien un droit de gage sur tout ce qui garnit la maison ou la ferme. Mais c'est un gage d'une nature spéciale, qui tient le milieu entre le gage et l'hypothèque. Le bailleur ne détient pas directement son gage, il ne le possède que par l'intermédiaire de l'immeuble dont il est propriétaire. Le locataire ou fermier n'est pas dessaisi de ses meubles ou de ses instruments de culture. Rien ne lui est donc plus facile que de vendre les objets sur lesquels s'exerce le droit de préférence du bailleur et de les faire sortir de la ferme ou de la maison louée à l'insu de celui-ci. Les rédacteurs du Code civil ont décidé dans l'article 2102 premier alinéa que le bailleur aurait une action *in rem*, pour réclamer les meubles sur lesquels s'exerce son droit réel, action *in rem* qui peut être dirigé contre tout tiers sans considération de personnes, sans examen de la bonne ou de la mauvaise foi des détenteurs. Et pour rendre cette action moins dangereuse, ils ne la rendirent possible que dans un bref délai : quinze jours pour les mobiliers garnissant une maison, quarante jours pour le mobilier garnissant une ferme.

Cette action protégeait très efficacement les bailleurs d'immeubles, créanciers gagistes, contre la fraude de leurs débiteurs. Elle avait par contre l'in-

convénient d'exposer les acheteurs à une éviction difficile à prévoir. Elle créait une grande incertitude dans les transactions de meubles, en particulier dans les ventes de bestiaux appartenant à des fermiers. Quelques auteurs s'efforçaient à faire admettre que l'article 2280 du Code civil devait être appliqué à la revendication du bailleur comme à la revendication du propriétaire, qu'il y avait en quelque sorte vol de gage, qu'il y avait analogie entre les deux situations, que par suite, si le meuble avait été acheté dans une foire, un marché, une vente publique ou chez un marchand vendant des choses pareilles, le bailleur ne pouvait se la faire remettre qu'en remboursant au possesseur le prix qu'elle lui avait coûté. La jurisprudence repoussa cette solution. Elle considéra que les articles 2102 du Code civil et 826 et suivants du Code de procédure, qui organisent la saisie-revendication, ne distinguaient pas suivant la bonne ou la mauvaise foi des tiers. La Cour de cassation, le 31 octobre 1888, consacrait cette jurisprudence dans les termes suivants : « Attendu que le droit de saisie appartenant au bailleur peut, d'après l'article 819 du Code de procédure civile être exercée soit contre le preneur lui-même, soit contre tout tiers détenteur, devenu à un titre quelconque possesseur des objets déplacés. Attendu que nulle disposition de la loi n'oblige le créancier gagiste à payer au tiers détenteur la valeur des objets saisis, lorsque ce dernier les a achetés dans une foire ou un marché, une vente publique ou d'un marchand vendant des choses pareilles, que les règles particulières établies par l'article 2280 du Code civil pour la revendication des meubles perdus ou volés ne saurait être étendue au cas absolument différent de la revendication du gage ; que la loi, ayant voulu constituer au profit du propriétaire bailleur

un privilège, n'a pu vouloir le rendre en même temps illusoire en subordonnant le droit de suite de ce propriétaire au remboursement par lui de la valeur du gage. » Une loi du 11 juillet 1892 vint apporter remède à la situation pleine de périls des acheteurs de meubles. Elle ajouta un alinéa à l'article 2280 du Code décidant que les dispositions du dit article seraient applicables au bailleur qui revendique en vertu de l'article 2102 les meubles déplacés sans son consentement. Donc en principe le bailleur pourra encore revendiquer les meubles sur lesquels porte son droit de gage entre les mains de tout tiers détenteur, même de bonne foi, pourvu qu'il le fasse dans le bref délai de quinze ou de quarante jours. Mais lorsque les meubles auront été achetés dans un marché, il devra rembourser à l'acheteur le prix qu'ils lui auront coûté.

La loi de 1892 a donc considérablement réduit les moyens offerts au bailleur pour se préserver de la fraude du preneur. C'est qu'il est de règle à peu près générale que les tiers acquéreurs de bonne foi sont préférés aux cessionnaires de droits qui sont frustrés des droits acquis par suite d'une fraude de leur cédant. Mais cependant il ne faut pas oublier que le bailleur est, même après la loi de 1892, dans une situation privilégiée vis-à-vis des autres créanciers gagistes. En effet le créancier gagiste ordinaire ne peut agir que contre les tiers de mauvaise foi, les détenteurs de bonne foi pourront invoquer l'article 2279 du Code civil pour repousser son action, excepté lorsque les objets donnés en gage ont été perdus par lui ou lui ont été votés par un tiers. Mais lorsque c'est le débiteur qui les lui a soustraits lui-même, il n'y a pas vol, car le vol consiste en la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui; on ne vole pas sa propre chose.

Peut-être aurait-il été juste qu'un texte de loi assimile les objets détournés frauduleusement des mains de leurs légitimes détenteurs aux objets volés, et permette la revendication sous réserve de l'article 2280 du Code civil. Mais en l'absence d'un pareil texte, il faut conclure que le gagiste ordinaire n'a pas d'action réelle contre les tiers de bonne foi, tenant leurs droits du débiteur. Au contraire le bailleur d'immeuble a, pendant un court délai, l'action *pignoratitia* même contre les tiers de bonne foi, sans restriction lorsqu'ils ont acquis les meubles directement du locataire ou du fermier, avec obligation de rembourser le prix d'acquisition lorsque les meubles ont été achetés sur un marché ou chez un marchand, ce qui restreint singulièrement l'utilité de l'action mais ne la supprime pas complètement, le prix pouvant être notablement inférieur à la valeur réelle.

Contre les tiers de mauvaise foi, le bailleur serait-il tenu d'agir dans le délai de quinze ou quarante jours? S'il en était ainsi, il se trouverait dans une situation moins avantageuse que les autres gagistes, qui ne sont pas astreints à agir dans un aussi bref délai. On ne peut l'admettre. La loi accorde toutes ses faveurs au bailleur, elle ne peut d'autre part lui refuser les droits que possède tout créancier gagiste. D'ailleurs, il a un véritable droit réel sur les meubles, et par sa nature même ce droit est opposable à tout le monde. Si dans certaines hypothèses les tiers peuvent le méconnaître, ce n'est que par suite de leur possession de bonne foi. Comment pourrait-on expliquer qu'un droit réel soit inopposable à des tiers qui n'ont pas à invoquer en leur faveur l'exception de l'article 2279 du Code civil?

**§ 2. — Fraude contre les créanciers gagistes
au moyen d'une nouvelle constitution de gage**

Résumé. — 41. Conflit entre deux gagistes. — 42. Conflit entre le bailleur d'immeuble et le porteur d'un warrant agricole. — 43. Conflit entre le bailleur d'un fonds de commerce et le créancier qui a obtenu un nantissement sur ce même fonds, conformément à la loi du 17 mars 1909.

41. Je signale seulement ce genre de fraude sans vouloir y insister. Le premier créancier gagiste pourra faire valoir ses droits contre le second dans les mêmes conditions que contre un acquéreur. L'action réelle que possède le gagiste pourra être exercée contre tout tiers détenteur, sans qu'il y ait lieu de distinguer suivant le titre en vertu duquel ce détenteur possède : gage, donation, vente.

42. Il est donc inutile d'insister sur le conflit entre deux gagistes successifs. Qu'il me suffise de faire mention d'une hypothèse où la loi a résolu d'une façon plutôt spéciale le conflit entre deux créanciers gagistes ou plus exactement entre un créancier ayant un droit de gage ou un privilège mobilier, et un créancier ayant une hypothèse mobilière. C'est l'hypothèse prévue par l'article 26 de la loi du 18 juillet 1898 sur les warrants agricoles. Le bailleur a sur les récoltes engrangées dans les bâtiments loués un droit de gage, d'autre part il a un privilège mobilier spécial sur les récoltes de l'année, en vertu de l'article 2102 du Code civil. Le fermier en warrantant ses récoltes, ne va-t-il pas frustrer le bailleur de ses droits ; ou bien doit-on préférer le bailleur, et dans ce cas, les porteurs de warrants n'auront-ils pas un droit illusoire, venant en second lieu dans la répartition du prix de vente des récoltes ?

Le législateur a voulu à la fois protéger le bailleur et ne pas nuire au crédit de l'agriculteur. Il a décidé que lorsque le cultivateur ne sera pas propriétaire ou usufruitier de son exploitation, il devra, avant tout emprunt, aviser le propriétaire du fonds loué, de la nature, de la valeur et de la quantité des marchandises qui doivent servir de gage à l'emprunt, ainsi que des sommes à emprunter. Le propriétaire pourra dans un délai de douze jours s'opposer au prêt sur les dits produits par une lettre recommandée adressée au greffier du juge de paix, mais seulement lorsqu'il lui sera dû des termes échus. Par cette disposition le législateur protège le bailleur contre la fraude du fermier qui, au moyen d'une constitution de warrant sur ses récoltes, lui enlèverait les sûretés lui permettant d'obtenir paiement des fermages échus. Mais d'autre part, pour augmenter le crédit de l'agriculteur, le législateur a restreint les droits du bailleur. L'article 2102 lui conférerait des garanties non seulement pour le paiement des loyers échus, mais aussi pour le paiement des loyers à échoir, et l'exécution du bail dans l'avenir. Le cultivateur en warrantant ses récoltes va retirer au bailleur sa garantie pour les loyers à échoir, et celui-ci n'a aucun moyen de se protéger contre la diminution de sa sûreté. Le législateur a pensé que pour que le fermier trouve quelque crédit, il fallait sacrifier en partie le privilège du bailleur : d'ailleurs, si le preneur ne paie pas ses fermages, celui-ci pourra saisir les animaux destinés à la vente ou employés à la culture, le mobilier et le matériel du fermier. C'est là un gage suffisant car la dette sera relativement minime, puisque par hypothèse, il n'y a pas d'arriéré impayé. D'autre part, il trouvera dans l'article 1184 un moyen de se dégager d'un

contrat synallagmatique inexécuté. On peut donc dire que la disposition de l'article 26 de la loi de 1898 protège contre la fraude le bailleur plus qu'elle ne lui nuit.

43. La même difficulté se présenterait si un locataire avait donné en nantissement un fonds de commerce, dont le matériel est aussi le gage du bailleur pour le paiement des loyers. Comment devrait-on résoudre le conflit entre le bailleur et le créancier nanti? Le nantissement du fonds de commerce pendant la durée du bail peut-il porter atteinte aux droits du bailleur? Quelques auteurs n'ont pas reculé devant cette solution et ont décidé que le créancier nanti devrait toujours être préféré. Lorsqu'il a pris inscription conformément à la loi, sa sûreté est opposable à tous les tiers, donc même au bailleur, puisque les textes ne font aucune exception. Cette thèse est fort dangereuse pour le propriétaire; celui-ci croyait avoir pour garantie le matériel servant à l'exploitation du fonds, le locataire en consentant un nantissement lui enlève cette garantie.

D'autres auteurs, adoptant une thèse tout à fait opposée, sont partisans de donner en toutes circonstances la préférence au bailleur (1). Pour aboutir à cette conclusion, ils font remarquer que « le droit au bail, entrant dans la composition du fonds, ne peut être compris que sous réserve des charges qui le grèvent ». Le bail permet au commerçant d'avoir la jouissance de locaux propres à l'exercice de son commerce, mais aussi il l'oblige à verser régulièrement les loyers. Les créanciers ne peuvent profiter des avantages, et se soustraire aux obligations. Quoique nantis, ils doivent donc laisser le bailleur se

1: Voir Boutand et Chabrol, n° 378 et s. Rouen, 11 décembre 1901, S. 1904-2-225.

payer en premier lieu sur le matériel, et ils ne pourront être eux-mêmes désintéressés qu'en second lieu. Peu importerait d'ailleurs que le bail soit postérieur à l'inscription prise en exécution des dispositions de la loi du 17 mars 1909, car si les commerçants ne pouvaient offrir en garantie à leur bailleur que des biens grevés de lourdes charges, ils ne trouveraient que très difficilement des locaux pour l'exploitation de leur commerce : le fonds de commerce lui-même perdrait de sa valeur et les créanciers nantis seraient les premiers à en souffrir. En contractant un bail, le commerçant ne fait qu'un acte d'administration nécessaire pour l'exploitation du fonds de commerce. Le bail conserve donc le gage des créanciers, et par suite ces derniers ne peuvent émettre des prétentions de nature à rendre impossible la conclusion d'un acte qui sauvegarde leurs droits. Lorsque l'on réalise le matériel, il serait donc logique de payer d'abord le bailleur, puis seulement les créanciers ayant obtenu un nantissement, s'il reste un reliquat.

Les partisans de cette opinion évitent la fraude contre les bailleurs, mais ils permettent par contre la fraude contre les créanciers nantis. Certes souvent le bail ne sera qu'un acte nécessaire pour la conservation du fond, donc utile même pour les créanciers. Mais parfois, il sera conclu à des conditions désavantageuses, et pour un loyer exagéré. Le commerçant ne va-t-il pas pouvoir frustrer ses créanciers en exploitant son commerce dans des locaux loués à des prix exorbitants ? Lors de la réalisation des biens du débiteur, le montant des loyers dûs absorbera la totalité du prix provenant de la vente du matériel d'exploitation ; et cependant lorsque les créanciers ont consenti un prêt au commerçant, le bail qui leur nuit aujourd'hui n'existait

pas, ils savaient que le matériel avait une valeur suffisante pour les désintéresser, et pensaient que par suite ils étaient complètement garantis. Doit-on leur faire subir les conséquences d'un acte conclu postérieurement par leur débiteur ? Dans quelques cas, il est vrai, ils pourront user de l'action paulienne, mais pour l'exercice de cette action, il faut fournir la preuve de la fraude du débiteur et de la complicité de fraude, et ces preuves sont difficiles.

La meilleure solution, pour régler le conflit du bailleur et du créancier ayant obtenu le nantissement d'un fonds de commerce, est de ne tenir compte que de l'ordre des dates. C'est la seule qui permette d'éviter la fraude. Aussi est-ce à elle que s'est rangée la majorité de la doctrine et la jurisprudence la plus récente. Le bail a-t-il date certaine antérieure à l'inscription du nantissement au greffe du Tribunal de commerce, le bailleur aura la préférence : au contraire, le bail est-il postérieur, le créancier nanti l'emportera. Cette solution est d'ailleurs conforme à la règle qu'il n'y a pas de privilège sans un texte de loi qui l'établit. Les droits du bailleur et du créancier sont à peu près de même nature. Seul l'ordre des dates peut régler leur conflit. Solution juridique, c'est aussi une solution juste, puisque elle tend au respect des droits valablement acquis. C'est donc avec raison que le 22 juillet 1912 (1) la Cour d'appel de Nîmes a estimé, conformément à l'opinion de la majorité de la doctrine, « qu'en cas de concurrence entre un créancier nanti suivant les formes et les conditions prescrites par la loi du 17 mars 1909 et le bailleur de l'immeuble dans lequel le fonds de commerce est exploité, la préférence doit être accordée, à celui

1. Sirey, 1913-2-85.

dont le droit est né le premier, et se trouve déterminé, savoir : par l'époque de la formation du contrat de louage, s'il s'agit d'un bailleur, et par la date de l'inscription du nantissement, en ce qui concerne le créancier. »

C'est d'ailleurs aussi l'opinion de la Société des Etudes législatives. Le projet qu'elle avait élaboré comprenait un article ainsi conçu : « Entre le bailleur de l'immeuble garni par le matériel et le créancier nanti, le rang de préférence se détermine par l'ordre des dates. Si le bail a acquis date certaine avant que le nantissement n'ait été inscrit, le bailleur l'emporte. »

Il faut d'ailleurs remarquer que dans la plupart des cas, le bailleur aura la préférence, car les tribunaux sont d'avis qu'il faut tenir compte non pas de la date du renouvellement du bail au cas de plusieurs baux successifs, mais de la date du premier bail, lorsqu'il y aura eu renouvellement postérieur au nantissement, soit par tacite reconduction, soit en vertu d'une faculté de prorogation que les parties se seraient réservée dans le bail originaire. C'est là une garantie précieuse pour le bailleur qui est ainsi protégé efficacement contre tout nantissement du fonds de commerce consenti postérieurement par son locataire(1).

1. Il faudrait, pour faire une étude complète de la fraude contre les créanciers munis d'une sûreté réelle, traiter également la fraude contre les créanciers munis d'une hypothèque mobilière. Les trop longs développements de cette étude n'empêchent de l'entreprendre. Il y aurait, en effet, lieu d'examiner le fonctionnement de l'hypothèque maritime (lois du 10 décembre 1874 et du 10 juillet 1885), du nantissement d'un fonds de commerce (lois du 1^{er} mars 1898 et du 17 mars 1909) des warrants agricoles (lois du 18 juillet 1898 et 30 avril 1906) de l'hypothèque fluviale (loi du 5 juillet 1917).

Pour chacune de ces hypothèques, il faudrait examiner les

fraudes possibles contre les créanciers qui les ont obtenues : constitution d'une nouvelle hypothèque sur les biens déjà hypothéqués, vente du bien hypothéqué.

Si la première fraude ne présente guère de difficulté, le conflit des créanciers à hypothèque mobilière devant se régler de la même manière que celui des créanciers munis d'une hypothèque sur un immeuble, la seconde, par contre, exige l'examen de nombreuses questions :

1^o la vente d'un navire peut-elle nuire aux créanciers inscrits ? Quelle est la portée de l'article 33 de la loi du 10 juillet 1885, interdisant la vente volontaire d'un navire grevé d'hypothèques à un étranger et décidant que « tout acte fait en fraude de cette disposition est nul et rend le vendeur passible des peines portées dans l'article 408 du Code pénal » ? Quel est la nature du délit prévu par la loi de 1885, est-ce une escroquerie, un abus de confiance, un détournement d'objets donnés en gage ou un délit *sui generis* ? Y a-t-il lieu de réprimer la fraude consistant à vendre même à un Français un navire hypothéqué à des créanciers qui n'ont pas fait inscrire leur sureté ?

2^o Comment réprimer la vente d'un fonds de commerce consenti par un débiteur au mépris des droits des créanciers qui ont antérieurement obtenu pour garantie le nantissement de ce même fonds, mais ont négligé de conserver leur privilège par une inscription sur le registre déposé au griffe du tribunal de commerce ? L'article 400 du Code pénal est-il applicable ? *Quid* lorsque le commerçant a, non pas vendu son fonds entier considéré comme universalité juridique, mais l'a démembré et a cédé séparément les différents droits ou valeurs qu'il compose : brevets d'invention, marques de fabrique, dessins industriels, matériel d'exploitation ! N'y a-t-il pas lieu de faire alors une distinction entre les propriétés industrielles et le matériel, par suite de l'article 24 de la loi de 1898 qui impose pour le transfert des propriétés incorporelles une inscription à l'Office national de la propriété industrielle ? En ce qui concerne la vente du matériel, toute sanction civile ne sera-t-elle pas souvent impossible par suite de l'application de l'article 2.279 du Code civil (Tribunal de Jonzac, 10 décembre 1912. D. 1913 2. 163). L'application d'une sanction pénale est-elle possible ? (Cassation, 13 mars 1909. S. 1911. 1. 237, et 25 juillet 1912. S. 1912. 1. 116.)

3^o Comment réprimer la vente frauduleuse de produits agricoles warrantés ? Le créancier est-il réduit à l'action pénale prévue par la loi du 18 juillet 1898 ? Peut-il intentar une action civile ?

4^o Quel est le champ d'application de l'article 45 de la loi du 5 juillet 1917 sur l'hypothèque fluviale, punissant des peines de

l'article 408 du Code pénal, tout fait tendant à détourner frauduleusement un bateau grevé d'une hypothèque régulièrement inscrite ; cet article s'applique-t-il également au cas de destruction volontaire du bateau ? Quelles sont les sanctions de la fraude commise contre un créancier non inscrit ?

Questions souvent fort délicates que je me borne à poser, et dont la solution nécessiterait une étude toute spéciale.

TROISIÈME PARTIE

FRAUDE CONTRE LES ACQUÉREURS DE DROITS DE CRÉANCE

CHAPITRE PREMIER

Fraude dans les cessions de créances

Résumé. — 44. Le problème de la fraude dans les cessions de créances. — 45. De la mauvaise foi des personnes qui peuvent opposer l'absence de signification. — 46. Du débiteur cédé. — 47. D'un tiers quelconque, second cessionnaire ou créancier du cédant.

44. Le droit de créance, quoique constituant un lien juridique entre deux personnes déterminées, n'a cependant pas dans notre droit un caractère tellement personnel que les deux sujets, créancier et débiteur, ne puissent changer. Si le droit positif français n'admet pas d'une façon formelle la cession de dettes, il autorise tout au moins la cession de créances. Mais de même que le vendeur de meubles ou d'immeubles peut conclure une seconde vente en fraude des droits cédés, le créancier qui cède sa créance ne peut-il pas conclure une seconde cession frauduleuse, nuisible au premier cessionnaire ?

Pour trancher ce conflit entre deux cessionnaires, de la même créance, il faut connaître les règles qui

gouvernent le contrat de cession. Celles-ci sont contenues dans l'article 1690 du Code civil. Entre les parties, la convention produit son effet par le seul consentement ; mais pour que le cessionnaire soit saisi à l'égard des tiers, le Code civil exige la signification du transport au débiteur cédé ou l'acceptation du débiteur, constatée par un acte authentique. Or le second cessionnaire est un tiers, aussi bien que les créanciers du cédant. La première cession, après signification, lui étant opposable, il ne pourra se prévaloir de la seconde cession à lui consentie, car lors de cette seconde cession, le cédant n'était plus créancier, le second cessionnaire n'a pu acquérir la chose d'autrui. L'article 1690 offre donc au cessionnaire d'une créance un moyen fort simple de se mettre à l'abri de toute fraude pouvant provenir du créancier cédant.

Mais la signification n'a jamais lieu en même temps que la cession. Il s'écoule toujours un certain laps de temps entre la convention et la signification ; il faut que le cessionnaire se rende chez un huissier, que celui-ci rédige l'exploit et le remette au débiteur ; ces formalités nécessitent un certain délai, et ce délai peut devenir assez long si le cessionnaire est peu diligent et se contente pendant quelque temps du simple acte de cession passé par-devant notaire, ou sous seing privé, ou même de la convention orale, sans faire procéder immédiatement aux formalités qui le saisiront même à l'égard des tiers. Au contraire le second cessionnaire s'est peut-être hâté de se conformer aux règles légales, quoique second en date son contrat a été signifié le premier. Comment régler leur différend ? L'un invoque la priorité de la cession, l'autre la priorité de la publicité. La solution n'est pas douteuse lorsque le second cessionnaire

aura été de bonne foi au moment de la cession. La priorité de la signification doit lui faire accorder la préférence, car les deux cessionnaires sont l'un vis-à-vis de l'autre des tiers : faute de signification, le premier cessionnaire n'était pas saisi vis-à-vis du second, la signification de la seconde cession au contraire a saisi le second vis-à-vis du premier. Mais doit-on encore admettre la même solution au cas où le second cessionnaire avait eu connaissance de la cession non signifiée ? La loi ne distingue pas, l'article 1690 parle des tiers, sans distinguer s'ils doivent être de bonne foi. Ne pas distinguer semble donc aussi la seule solution légale : mais celle-ci n'aboutit-elle pas à des conséquences injustes ? Le juge n'a-t-il pas des moyens d'éviter ces conséquences injustes sans violer les textes de loi, en conciliant les dispositions de l'article 1690 du Code civil avec d'autres règles juridiques ? C'est là le problème de la fraude dans les cessions de créances.

45. On a coutume de classer les tiers à l'égard desquels les formalités de l'article 1690 sont nécessaires pour saisir le cessionnaire de la créance cédée, en deux catégories : d'une part le débiteur cédé, d'autre part, les créanciers et ayant cause du cédant, et l'on distingue suivant que le défaut de signification ou d'acceptation par acte authentique est invoqué par le débiteur cédé ou les ayant cause du cédant. M'occupant de la fraude contre un cessionnaire au moyen d'une seconde cession, je ne devrais m'occuper que de la seconde hypothèse, mais la première est en corrélation tellement étroite avec la seconde que je me crois obligé d'en faire également l'examen d'une façon succincte.

46. La cession de créance n'exige pas le concours du débiteur cédé ; elle consiste en un contrat con-

clu entre le cédant et le cessionnaire. Il peut arriver même qu'elle soit contractée à l'insu du débiteur. Si ce dernier n'était pas averti par un moyen quelconque, il ne saurait quel est son créancier. Aussi conformément à l'article 1690, il peut méconnaître le cessionnaire et payer valablement entre les mains du cédant, tant que la cession ne lui a pas été notifiée par exploit d'huissier ou que la connaissance qu'il en a acquise n'a pas été constatée par un acte authentique. Mais le débiteur pourrait-il encore invoquer le défaut de ces formalités, s'il était prouvé qu'il a eu connaissance par une voie quelconque de la cession, le cessionnaire pourrait-il exiger de sa part un second paiement en invoquant cette connaissance ?

Du temps des Romains, la constitution de Gordien, qui organisait la *procuratio in rem suam* selon des règles que notre droit moderne a copiées, ne contenait déjà aucune disposition expresse à ce sujet (L. 3, de novat. Code, livre 8, titre 42). On a souvent soutenu qu'il fallait assimiler la connaissance à la signification, en s'appuyant sur la solution donnée par Papinien (au Digeste 2. 15 de transact. 17) et en faisant remarquer qu'il n'y avait dans la disposition de la constitution de Gordien qu'une application de l'action *de dolo*, que par suite la signification et la reconnaissance par acte authentique n'étaient que des facilités pour fournir la preuve de la mauvaise foi du débiteur, mais que cette mauvaise foi pouvait également être prouvée par d'autres moyens. Cependant la solution opposée est préférable, car la solution donnée par Papinien est propre à la matière de la vente d'hérédité et la constitution de Gordien permet au cédant non seulement de recevoir son paiement jusqu'à la signification,

mais encore de l'exiger du débiteur. Par quel moyen ce dernier aurait-il repoussé l'action de son créancier, lorsqu'il aurait été cité en justice et poursuivi ?

Quoiqu'il en soit, la signification est devenue en droit français une véritable mesure de publicité, et les solutions romaines ne peuvent servir à trancher la difficulté. La question s'est fort souvent posée devant les tribunaux et a été résolue de façons différentes, sans qu'il soit facile de concilier les arrêts contradictoires de la jurisprudence.

Les tribunaux ont d'abord décidé que, à l'égard du débiteur cédé, une acceptation par acte sous seing privé était suffisante pour saisir le cessionnaire. L'acceptation par acte authentique prévue par l'article 1690 n'est plus nécessaire qu'à l'égard des autres tiers. C'est qu'en effet il est intervenu entre le débiteur et le cessionnaire un véritable contrat, le débiteur s'est, en reconnaissant la cession, engagé à payer le cessionnaire. Ce point n'est plus désormais contesté. Mais est-il même besoin d'une reconnaissance par acte sous seing privé ? Quelques arrêts ont estimé que l'acte sous seing privé était inutile, que cet acte n'était destiné qu'à servir de preuve, mais que le contrat qui liait le débiteur au créancier cessionnaire était indépendant de sa preuve : le simple consentement suffit en droit français à la validité des contrats. C'est ainsi que la Chambre des Requêtes le 25 juillet 1832 (1) a jugé que le débiteur ne pouvait plus payer valablement entre les mains du cédant quoiqu'il n'y ait pas eu de signification ou d'acceptation par acte authentique ou sous seing privé, lorsqu'il a été présent à une

instance en justice engagée par le cessionnaire contre le cédant pour faire constater la validité de la cession, et que par là le débiteur a eu incontestablement connaissance de la cession. De même la Cour de Bastia adoptant les motifs du Tribunal d'Ajaccio, a décidé le 2 mai 1842 (1) que la connaissance purement officieuse de la cession d'une créance, donnée par le cédant au débiteur cédé, suffit pour que cette cession puisse être opposée à ce dernier, et fait obstacle à ce qu'il se libère valablement entre les mains du cédant. « Attendu, dit la Cour, que des faits et documents de la cause, il résulte que le sieur Nicod a eu connaissance de la cession faite au sieur Berthin par le sieur Renard, que dès lors Nicod connaissant la dite cession, il en résulte que la notification régulière de l'acte de cession n'était pas nécessaire, et qu'il ne pouvait faire des paiements capables d'être opposés au cessionnaire. » Et cet arrêt soumis à l'appréciation de la Cour de Cassation est confirmé par une décision du 17 août 1844 (2). La Cour de Rouen semble adopter la même solution le 14 juin 1847 (3) en décidant que le débiteur ne peut plus opposer le défaut de signification, lorsque, par ministère d'huissier, il a protesté contre les dispositions de l'acte de cession. Cependant la Cour semble avoir pris cette décision moins sur la considération que la simple connaissance suffit à lier le débiteur, que sur cette considération que la connaissance du débiteur résultait d'un acte authentique, un exploit d'huissier, et que cet acte peut suppléer à un acte notarié.

Mais par contre, l'assimilation de la simple con-

1. Sirey 1842. 2. 457.

2. Sirey 1849. 1. 48.

3. Sirey 1849. 2. 25.

naissance à la signification est complète dans l'arrêt de la Cour de cassation du 12 mars 1878 (1). La Cour ne permet au débiteur cédé d'user des dispositions de l'article 1690 du Code civil que lorsqu'il est de bonne foi et décide que l'acceptation de la cession de créance par le cédé peut être tacite et que dès lors le cédé ne peut se prévaloir du défaut de notification. Un mois auparavant, le 6 février 1878 (2), la Cour de cassation avait déjà jugé que l'acceptation du débiteur, qui selon les termes de l'article 1690 devrait être constatée par un acte authentique, peut également résulter d'un acte sous seing privé, et même être tacite. Dans ce dernier cas, si l'acceptation ne suffit pas pour rendre la cession opposable aux tiers, du moins elle engage le débiteur cédé qui ne peut plus payer valablement qu'entre les mains du cessionnaire, ni opposer les exceptions naissant en la personne du cédant postérieurement à la cession : « et cette acceptation tacite résulte virtuellement des faits qui contiennent une adhésion nécessaire à la cession, comme par exemple si le débiteur paie au cessionnaire une partie de la somme cédée. »

Enfin le 4 décembre 1886, la Cour d'appel d'Orléans s'associe à ces nombreuses décisions pour admettre que le transport de créance est valable et régulier, indépendamment de toute signification au débiteur cédé, si le cessionnaire lui a d'une manière formelle, donné connaissance du transport. « Si aux termes de l'article 1690 du Code civil, le créancier n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur, cette signification n'est pas indispensable, lorsque le cessionnaire de

1, Sirey 1878. I. 71.

2, Sirey 1878. I. 168.

la créance a donné connaissance d'une manière formelle, au débiteur cédé du transport à lui consenti- »

D'autres décisions de jurisprudence par contre adoptent une thèse tout à fait opposée. C'est ainsi que le 10 mars 1856, la Cour d'appel de Bastia, contrairement à ce qu'elle avait décidé dans son arrêt du 2 mai 1842, estime « que en droit la connaissance que le débiteur pourrait acquérir indirectement de la cession n'affranchit pas le cessionnaire de la notification prescrite par l'article 1690 du Code Napoléon, qu'en l'absence de cette notification, le débiteur cédé pouvait valablement se libérer envers le cédant, soit par un paiement effectif, soit par la compensation » (1). La Cour de cassation a également jugé le 17 mars 1840 (2) que, en cas de cession de droits litigieux sur un immeuble non signifiée par le cessionnaire conformément à l'article 1690 du Code civil, le possesseur de l'immeuble litigieux peut valablement contracter une transaction mettant fin au litige avec le cédant, quoiqu'il ait eu connaissance de la cession. Or le possesseur de l'immeuble litigieux qui conclut une transaction avec le cédant est dans la même situation qu'un débiteur cédé qui se libère en payant le cédant : « Attendu, dit la Cour d'appel de Nîmes le 5 juillet 1838, dont l'arrêt fait l'objet du pourvoi en cassation, que le cessionnaire prétend tout au moins suppléer à l'oubli des formalités par une preuve testimoniale qui tend à établir que Gauthier (possesseur de l'immeuble) avant la transaction aurait eu connaissance de la cession. Mais attendu que le fait, en le supposant établi, ne serait pas constitutif de la fraude et n'au-

1. Sirey 1856. 2. 292.

2. Sirey 1840. 1. 197.

rait pu avoir pour effet de dispenser Thomas (cessionnaire des droits litigieux) de l'observation d'une formalité prescrite par la loi, d'où il suit que la preuve doit être écartée comme frustratoire. » Sur pourvoi la Cour de cassation confirme, estimant que « en décidant que le cessionnaire n'aurait pu être saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport ou par son acceptation, et qu'il n'y a pas lieu d'admettre le demandeur à prouver que le transport avait été connu du sieur Gauthier autrement que par signification ou acceptation, la Cour n'a violé aucun principe et a fait une juste application de l'article 1690 du Code civil ».

D'autres arrêts ont adopté des solutions moyennes : en principe rien ne pourrait suppléer aux formalités légales, la connaissance que peut avoir le débiteur de la cession ne dispenserait pas le cessionnaire de la signification : il n'y aurait d'exception que dans quelques hypothèses où le débiteur s'associe à une fraude : c'est ce qu'admet la Cour de cassation en décidant dans l'arrêt du 17 février 1874 (1) : « qu'il est de principe que le cessionnaire d'une créance peut être considéré comme saisi à l'égard du cédé qui a eu connaissance du transport d'une manière quelconque et qui a voulu frauduleusement en paralyser les effets. » Il faut donc pour qu'il puisse y avoir dispense de signification, non seulement la connaissance mais aussi la fraude. De même un arrêt de cassation du 5 mars 1838 (2) reconnaît un délit civil dans le fait du débiteur cédé qui, quoiqu'il n'y ait pas eu de signification, paie entre les mains du cédant malgré la connaissance qu'il a de la cession. Il cause par son imprudence ou sa négligence au cession-

1. Sirey 1875. 1. 399.

2. Dalloz, Répertoire alphabétique. *Vente*, n° 1786.

naire de la créance un préjudice susceptible d'engager sa responsabilité conformément à l'article 1382 du Code civil.

Telle est, brièvement exposée, la jurisprudence. Que faut-il en penser ? Elle semble au premier abord tout à fait contradictoire. Cependant les arrêts, à part quelques-uns, ne sont pas aussi inconciliables qu'ils le paraissent.

Tout d'abord, il faut reconnaître avec la Cour de Bastia (1) que la signification et l'acceptation par acte authentique sont des formalités de publicité, et que la connaissance du débiteur ne peut suppléer à ces formalités. Il en est ainsi pour les formalités de l'article 1690 comme pour la transcription ou l'inscription hypothécaire. A quoi servirait les dispositions légales s'il n'y avait pas de sanction en cas d'inobservation ; comment soutenir raisonnablement que le législateur ait voulu dire : « faites une signification ou ne la faites pas, peu importe : le résultat sera le même. »

Tel est le principe. Mais ce principe n'est pas cependant tellement rigide qu'il doive s'appliquer sans aucune autre considération. C'est ainsi que, lorsqu'il y aura fraude de la part du débiteur cédé, le cessionnaire pourra agir quoiqu'il n'ait pas fait de signification : c'est ainsi que le débiteur cédé qui paie au cédant sa dette, en sollicitant une remise ou un partage des bénéfices résultant de ce paiement fait en fraude des droits du cessionnaire, engage sa responsabilité. La réparation consistera en un nouveau paiement qu'il devra faire au cessionnaire. Il faut d'ailleurs remarquer que seul l'article 1382 permet d'atteindre la fraude, l'article 1167 ne serait d'aucune

1. Arrêt du 10 mars 1856, précité.

utilité. Car en premier lieu l'action paulienne ne peut servir à annuler les paiements, et de plus le cessionnaire n'est créancier du débiteur qu'à partir de la signification : jusque-là le débiteur est un tiers ; et c'est précisément parce qu'il n'est pas créancier qu'il ne peut exiger son paiement. Pourrait-il agir contre le cédant, par l'action paulienne ? Il est bien alors créancier du cédant, car le contrat de cession est valable entre les parties, même en l'absence de signification : le cédant est astreint à la garantie. Mais si recevoir un paiement peut être un acte frauduleux, c'est du moins un acte qui ne peut créer ou aggraver l'insolvabilité, et être annulé par l'action paulienne. Donc en cas de fraude du débiteur cédé, le cessionnaire qui n'a pas signifié la cession peut uniquement agir par l'action que lui confère l'article 1382.

Et sur ce point il faut approuver l'arrêt de la Cour de cassation du 5 mars 1838 qui base sur l'article 1382 l'annulation d'un paiement fait par le débiteur cédé au cédant. Mais par contre il y a lieu de critiquer dans le même arrêt l'énumération des faits qui, selon la Cour de cassation, peuvent engager la responsabilité de leur auteur. Selon cet arrêt, il y aurait faute ou tout au moins imprudence grave de la part d'un débiteur qui, connaissant la cession, paie le cédant et non le cessionnaire. Si l'on admettait une pareille solution, le principe même d'après lequel la simple connaissance ne supplée pas à la signification serait détruit. Dire que le débiteur en payant le cédant en connaissance de cause engage sa responsabilité et est obligé de payer une seconde fois, c'est dire que l'article 1690 ne peut être invoqué que par un débiteur de bonne foi. Mais les magistrats qui ont motivé cet arrêt ont oublié que seuls les

actes illicites peuvent constituer la faute, l'exercice d'un droit ne peut constituer un délit civil. Comme l'a souvent constaté la jurisprudence, à propos de la fraude dans la transcription « il n'y a pas fraude à user d'un droit que confère la loi ». Or le débiteur qui paie au cédant, ne fait qu'user du droit que lui accorde l'article 1690 du Code civil ; ne faisant pas un acte contraire au droit, il ne peut être déclaré responsable du préjudice qu'il cause. Mais au contraire, s'il a persuadé par des manœuvres dolosives le cédant à recevoir le paiement, s'il y a eu entente frauduleuse, dans ce cas il a outrepassé les droits que lui confère l'article 1690. La situation désavantageuse du cessionnaire ne résulte plus de l'absence de signification, et des dispositions légales, mais des manœuvres, des intrigues du débiteur cédé.

D'autre part, rien ne s'oppose à ce que le débiteur renonce au droit qu'il peut avoir d'user de l'art. 1690. Le principe de la liberté des conventions, énoncé par l'article 1134, implique nécessairement cette possibilité. Lorsque le débiteur s'est engagé à payer entre les mains du cessionnaire, il est lié par cet engagement. Pas de difficulté lorsque le débiteur a accepté la cession par acte sous seing privé. Mais l'engagement résulte de la simple volonté, l'acte qui le constate ne sert que de preuve ; cet engagement peut donc être verbal, n'avoir même pas été exprimé d'une façon précise et résulter des actes, de la conduite même du débiteur, en un mot il peut être tacite. Cependant le demandeur se heurtera souvent à une fin de non recevoir résultant de l'article 1147 ; on exigera de lui un commencement de preuve par écrit, l'engagement du débiteur de payer le cessionnaire étant un contrat et devant être régi par les règles de preuves des autres contrats. C'est donc à bon droit,

sous réserve de la question de preuve, que la Cour de Rouen a décidé par l'arrêt du 14 juin 1847 que le débiteur ne peut plus opposer le défaut de signification lorsqu'il a critiqué le transport et invoqué son invalidité, de même, c'est à bon droit que la Cour de cassation le 6 février 1878 a décidé que le paiement partiel fait au cessionnaire équivaut à une renonciation tacite d'invoquer les dispositions de l'article 1690 et équivaut à un engagement du débiteur de payer le cessionnaire et non le cédant. Mais autre chose est l'engagement tacite de payer le cessionnaire, autre chose la simple connaissance de la cession. Un débiteur peut avoir eu connaissance de la cession, sans pour cela s'engager à payer le cessionnaire.

Mais alors, serait-on tenté de dire, l'acceptation par acte authentique prévue par l'article 1690, n'est-elle pas seulement un moyen de preuve de cet engagement du débiteur de payer le cessionnaire, engagement qui prend naissance non par la rédaction du titre, mais par un acte de volition; doit-on donc dire qu'elle ne constitue pas une mesure de publicité, qu'elle est exigée *ad probationem et non ad solemnitatem*? Ce serait une erreur, car l'acte authentique n'est pas destiné à constater l'engagement du débiteur de payer le cessionnaire, il est destiné uniquement à constater la connaissance qu'a le débiteur de la cession sans que son acceptation soit nécessaire. La reconnaissance par acte authentique est donc bien un mode de publicité et non la preuve d'un contrat antérieur.

En résumé le débiteur cédé peut invoquer l'absence des formalités prévues par l'article 1690 du Code civil quoiqu'il ait eu connaissance de la cession; ce sont des modes de publicité qui ne peuvent être

suppléées par d'autres mesures d'information : à cette règle existent deux exceptions : le cas où le débiteur s'est rendu coupable de fraude ou, plus exactement, de faits illicites constituant un délit civil, et le cas où il s'est engagé à payer le cessionnaire.

47. La question que soulève l'absence de publicité, ne se pose pas seulement eu égard au débiteur cédé, mais aussi eu égard aux autres tiers, créanciers du cédant et second cessionnaire. Peu importe ici la connaissance que peut avoir le débiteur cédé de la cession. Seule la connaissance de la cession en la personne des tiers qui invoquent le défaut de signification doit être prise en considération : suffit-elle à les rendre non recevables dans leur demande ?

Plusieurs arrêts n'ont pas cru devoir l'admettre : le 2 décembre 1843, la cour d'appel de Paris (1) a jugé que la connaissance que le second cessionnaire d'une créance a eu au moment de sa cession d'un premier transport consenti par le cédant, mais non signifié au débiteur cédé, n'empêche pas le second cessionnaire d'invoquer la priorité de la notification de son titre : « Considérant qu'en droit, aux termes de l'article 1690 du Code civil le cessionnaire d'une créance n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification de son transport, que la règle établie par cet article est générale et ne souffre pas d'exception, que le défaut de signification du transport fait par le premier cessionnaire ne peut être suppléé par la déclaration faite par le cédant dans son transport au second cessionnaire, et que ce dernier a pu, nonobstant cette déclaration, acquérir la priorité par la signification antérieure de son transport. » La même

1. Sirey 44. 2. 56.

solution est adoptée par la cour d'appel de Douai (1) qui estime que la connaissance que peut avoir un second cessionnaire de créance d'une première cession, ne peut constituer pour lui une fin de non recevoir au droit que lui accorde l'article 1690 du Code civil d'invoquer l'absence de signification de la première cession, car « le second cessionnaire, même en supposant qu'il ait eu connaissance de la délégation faite, a pu lui-même en obtenir une seconde et réclamer son paiement, par préférence au premier qui n'était pas saisi vis-à-vis des tiers, au moment de la nouvelle cession, tout comme un créancier qui sait qu'un immeuble est hypothéqué même au delà de sa valeur, peut obtenir une nouvelle hypothèque et se faire payer par préférence aux créanciers antérieurs, si leurs inscriptions sont nulles en la forme ».

Plus nombreux cependant sont les arrêts qui ont admis que seuls les tiers de bonne foi sont susceptibles d'invoquer l'article 1690, et que s'ils ont eu connaissance par une autre voie que les formalités légales d'une cession de créance, ils sont mal fondés à se prévaloir de l'absence d'une formalité qui ne leur aurait été d'aucune utilité. C'est ce qu'exprime d'une façon très nette l'arrêt de la Cour de Besançon du 6 juin 1829 qui déclare que: « si l'article 1690 du Code civil dispose que le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport, il suppose aussi que le tiers est de bonne foi et qu'il n'a pas eu connaissance de la cession. » Cet arrêt ayant fait l'objet d'un pourvoi en cassation est confirmé le 14 mars 1831 (2). Cependant la Cour de cassation, tout en rejetant le pourvoi, modifie les motifs de l'arrêt attaqué, et se base

1. Douai, 11 février 1845. Sirey 1845. 2. 375.

2. Dalloz. Répertoire alphabétique. Vente, n° 1736.

sur l'argument, peut-être critiquable, que le mari qui autorise sa femme à consentir une cession de créance, devient partie au contrat et ne peut être qualifié de tiers. L'arrêt de la Cour de cassation du 4 janvier 1848 (1) décide également que le second cessionnaire qui a notifié le premier son transport ne peut se prévaloir de la préférence, attachée par l'article 1690 du Code civil, à cette antériorité de signification, lorsque la cession n'a pas été faite de bonne foi. C'est également la solution qui se dégage du jugement du Tribunal de commerce de la Seine du 4 avril 1892 (2) qui a jugé que les seconds cessionnaires d'une créance sont mal fondés à se prévaloir de l'antériorité de la signification de leur titre, lorsqu'ils ont été avertis, par les transports mêmes qui leur étaient consentis, de la première délégation. « La rigueur de l'article 1690 peut fléchir lorsqu'il est démontré que le deuxième cessionnaire avait, au moment de la deuxième cession, connaissance d'un premier transport consenti par le cédant. »

Ces solutions contradictoires préconisées par la jurisprudence sont l'une et l'autre trop absolues. La seule doctrine vraiment juridique se trouve dans une solution mixte, et c'est d'ailleurs vers cette solution que semble vouloir s'orienter la jurisprudence la plus récente. Tout d'abord il ne faut pas oublier que la signification est une mesure absolument nécessaire pour saisir le cessionnaire à l'égard des tiers, de même que, dans notre ancien droit, le transfert de propriété des meubles corporels ne pouvait s'opérer que par la tradition. Cependant il peut se faire que la seconde cession, signifiée la première, soit viciée pour cause de fraude, et la publication ne peut cou-

1. Dalloz 1848.1.60.

2. Journal *Le Droit* du 11 mai 1892.

vrir les vices qui affectent le contrat. Pour atteindre cette fraude, suivant les circonstances, il y aura lieu d'user de l'action paulienne ou de l'action en réparation du préjudice causé.

L'action paulienne sera applicable lorsque, par la seconde cession, le cédant s'est rendu insolvable, ou a aggravé son insolvabilité, et par suite s'est mis dans l'impossibilité de garantir utilement le cessionnaire. La cession en l'absence des formalités de l'article 1690 est valable entre les parties, le cessionnaire a donc pu devenir créancier du cédant : si ce dernier, sachant qu'il est insolvable, que le premier cessionnaire n'aura contre lui qu'un recours illusoire, consent cependant une seconde cession frauduleuse, si de plus, au cas de cession à titre onéreux, le second cessionnaire a été complice de la fraude, il n'y a aucun motif pour ne pas admettre la recevabilité de l'action paulienne. Et même, si le second transport a été fait à titre gratuit, la cession pourra être annulée en cas de bonne foi du second cessionnaire. Mais il ne faut pas oublier que l'insolvabilité du cédant est une des conditions indispensables : un arrêt récent de Bourges, du 5 avril 1916 (1) relatif précisément à l'annulation d'une cession de créance faite en fraude des droits de créanciers, nous montre que sur ce point la jurisprudence n'a pas changé : « Considérant, déclare cet arrêt, que, pour que l'article 1167 du Code civil soit applicable, deux conditions requises par la loi s'imposent : la première est qu'il y ait eu un préjudice, la seconde est qu'il y ait eu fraude. Considérant que le préjudice est indiscutable, puisque l'acte attaqué a rendu la demoiselle Clogeman débitrice insolvable ou tout au moins, a augmenté son insolvabilité ».

1. Dalloz 1917.2.105.

Supposons au contraire le cédant *in bonis*. Le premier cessionnaire aura toujours un recours contre lui, car tout vendeur est garant de son fait personnel. Au cas où la créance cédée est une créance de sommes d'argent, le cessionnaire aura pleine et entière satisfaction. Mais si la créance lui aurait permis d'exiger du débiteur un fait positif ou une abstention, les dommages-intérêts qu'il obtiendra ne l'indemniseront pas intégralement. C'était par exemple la cession du droit au bail d'un immeuble. Une somme d'argent ne lui permettra peut-être pas d'obtenir la location d'un autre immeuble aussi bien disposé pour l'exploitation d'une industrie ou d'un commerce qu'il voulait y installer. Il aurait donc intérêt à faire annuler la seconde cession. Pourra-t-il le faire ? Oui, s'il démontre que le second cessionnaire a été l'instigateur de la fraude qui lui nuit, qu'il a usé de manœuvres dolosives, qu'il a pris une part active à la fraude. Le mieux que puisse faire celui-ci pour réparer est de remettre les choses en l'état où elles étaient, en ne se prévalant pas de l'antériorité de la publicité de son titre.

La jurisprudence, sans toutefois laisser apparaître si elle se base sur l'article 1382 ou 1167 a parfois fait la distinction de la fraude et de la simple connaissance. Elle semble n'avoir guère été influencée que par la maxime *fraus omnia corrumpit*. Le premier arrêt qui fait allusion à la fraude est l'arrêt de la Cour de cassation du 13 juillet 1831 (1) confirmant un arrêt de la Cour d'appel de Grenoble du 21 août 1828 (2). Un débiteur a acquis d'un tiers, grâce à une cession non signifiée, une créance contre son créancier : les deux dettes s'éteignent par compen-

1. Dalloz 31. 1. 242.

2. Dalloz 29. 2. 125.

sation. Mais le créancier, malgré cette extinction, cède sa créance ; à l'exception de compensation, le cessionnaire oppose l'absence de signification de la cession qui a permis au débiteur de devenir créancier de son créancier. La Cour de cassation repousse cette prétention : « car des faits il résulte que la seconde cession a été la suite d'un concert frauduleux entre le cédant et le cessionnaire. » De même l'arrêt de la Cour d'appel de Douai du 11 février 1845 (1) tout en décidant à juste titre que la connaissance que peut avoir un second cessionnaire de la première cession non signifiée ne peut l'empêcher d'invoquer l'absence de signification de la première cession, reconnaît « qu'il n'en serait pas de même si la seconde cession était le résultat d'un concert frauduleux imaginé pour ravir au premier cessionnaire la garantie qui lui aurait été promise. »

Enfin deux arrêts plus récents semblent avoir définitivement tranché la controverse en ce sens : l'affaire Kerform contre Société Brégante (arrêts de cassation du 24 décembre 1894 et du 7 juillet 1897) (2), l'affaire Fournier contre Macquart (cassation 10 janvier 1905) (3).

La première affaire (Kerform contre Société Brégante) a une importance tout à fait exceptionnelle. Le sieur Brégante a apporté à la Société Brégante et Cie les fermages que lui devaient plusieurs fermiers. Le transport n'a pas été signifié à ces derniers. Postérieurement le sieur Kerform, créancier de Brégante, quoiqu'ayant participé à la constitution de la Société et au transfert au profit de celle-ci des fermages dus à Brégante, pratiqua des saisies-arêts en les mains des

1. Déjà cité.

2. Siréy 1895. 1. 69.

3. Dalloz 1906. 1. 345.

fermiers, invoquant l'absence de significations nécessaires pour saisir la société Brégante et Cie à l'égard des tiers. La Cour d'appel d'Aix annule les saisies-arrêts pratiquées par Kerform, qui, selon la Cour, ne peut invoquer l'article 1690 par suite de la connaissance qu'il a eu de la cession. Sur pourvoi en cassation de la Société Brégante et Cie, la Chambre civile, le 24 décembre 1894, casse l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix par ces motifs : « Vu l'article 1690. Attendu en droit que si la mise en société d'une ou plusieurs créances actives transmet la propriété de ces créances de l'associé à la Société, selon l'article 1690 du Code civil, la Société ne peut être saisie à l'égard des tiers, des créances à elle apportées, que par la signification de cet apport au débiteur, ou par l'acceptation de celui-ci dans un acte authentique ; attendu en fait que des constatations de l'arrêt attaqué, il résulte qu'il n'a pas été fait de signification par la Société Brégante et Cie de la cession des fermages à elle apportée par le sieur Brégante, qu'aucune acceptation de cette cession n'a été donnée dans les termes de la loi par les débiteurs de ces fermages, que cependant l'arrêt a déclaré nulles et non avenues les saisies-arrêts pratiquées par Kerform entre les mains des fermiers pour avoir paiement des sommes à lui dues par Brégante, par le seul motif que le dit Kerform avait eu connaissance de la cession des fermages, et sans établir qu'il y ait eu fraude de sa part : qu'en statuant ainsi, il a violé l'article de la loi susvisé. » L'affaire est renvoyée devant la Cour d'appel de Nîmes, qui, de nouveau, annule les saisies-arrêts faites par Kerform, en constatant la fraude du créancier saisissant. Nouveau pourvoi devant la Cour de cassation. La question se posait tout d'abord de savoir si la cause devait être jugée définitivement

par les Chambres réunies ou seulement par la Chambre civile. M. le conseiller Crépon, chargé du rapport, fait remarquer que la Cour de Nîmes n'a pas purement et simplement confirmé l'arrêt de la Cour d'Aix, que si la solution adoptée est la même, c'est sur de nouveaux motifs que la Cour d'appel d'Aix avait annulé les saisies-arrests par suite de la connaissance que le créancier saisissant avait de la cession antérieure, mais qu'au contraire la Cour de Nîmes fait état non seulement de la connaissance mais aussi de la fraude du saisissant ; que par suite il s'agit d'un arrêt nouveau dont le pourvoi doit être apprécié par la Chambre civile seule. La Chambre civile adopte cet avis et le 7 juillet 1897 rejette le pourvoi par ces motifs : « Attendu que des déclarations de l'arrêt attaqué, il résulte que Kerform n'a pas seulement connu la cession des fermages dus par les sous-locataires du domaine d'Osman Abon-Ballah ; mais qu'il en a eu une connaissance spéciale et personnelle, à raison même de sa situation, au regard de Brégante et Cie, qu'il a coopéré et collaboré avec Brégante à la formation de cette Société de façon si étroite qu'il ne saurait avoir été de bonne foi, quand il faisait saisir-arreter des sommes comme lui étant dues personnellement par Brégante, lorsque lui-même avait tout fait pour en faire passer la propriété dans l'actif de la Société. Attendu qu'en l'état de ces constatations, bien que les cessions n'eussent pas été signifiées ni acceptées par acte authentique, l'arrêt attaqué a pu, sans violer aucune loi, déclarer nulles et de nul effet les saisies-arrests pratiquées par Kerform sur les fellahs sous-locataires. » On peut reprocher à cet arrêt de ne pas mentionner sur quel texte est basée l'annulation de ces saisies frauduleuses. La question ne semble pas

avoir préoccupé les juges. Peut-être ont-ils oublié qu'aucun texte de loi ne leur donne le droit d'annuler d'une façon générale tous les actes entachés de fraude. L'article 1167 étant inapplicable dans la cause, il me semble que seul l'article 1382 pouvait permettre pareille solution. Sans doute la simple connaissance de la cession par un tiers ne suffit pas pour équivaloir à l'accomplissement des formalités de l'article 1690, mais, ici, selon les constatations mêmes de M. le Conseiller Crépon : « c'est le tiers lui-même qui a préparé la cession et contribué plus que personne à approprier la Société des créances à l'aide desquelles il prétend aujourd'hui se faire payer des sommes par lui réclamées. » N'y a-t-il pas agissement répréhensif, illicite, dans le fait de constituer une société, contribuer à la formation du capital, et ensuite, en manœuvrant de façon à rendre nul un apport important, la mettre dans l'impossibilité de fonctionner. Une législation, qui oblige quiconque cause un dommage sans droit à autrui à le réparer, ne peut laisser ces faits sans sanction.

L'arrêt de la Cour de cassation du 10 janvier 1905 vint confirmer cette solution. L'affaire est un peu différente : il ne s'agit plus de l'absence des formalités prévues par l'article 1690 mais de l'absence des formalités propres au transfert des inscriptions nominatives de rente sur l'Etat. Les titres résultant de ces inscriptions restent au regard des tiers la propriété du vendeur, tant que le transfert n'en a pas été opéré conformément aux lois du 24 août 1793 et du 28 floréal de l'an VII, mais ces lois, décide la Cour de cassation, ne pourraient être invoquées par un tiers qui s'est associé aux agissements dolosifs du vendeur dans le but de dépouiller son acheteur, en particulier par un tiers qui postérieurement à la ces-

sion, se fait consentir par le cédant un nantissement sur les titres déjà cédés.

La doctrine quoique très incertaine, semble vouloir donner son appui à cette jurisprudence : M. Huc estime : « que la cession non signifiée ni acceptée n'existe pas à l'égard du débiteur cédé, et ne peut pas être opposée à un second cessionnaire, sauf le cas de fraude, car la fraude crée toujours une exception nécessaire ». (1) De même selon MM. Aubry et Rau « la connaissance que le débiteur cédé aurait indirectement acquise de la cession n'équivaudrait pas à elle seule à la signification ou acception et ne l'empêcherait pas nécessairement d'exciper du défaut d'accomplissement de ces conditions ; mais si les faits et circonstances de la cause dénotaient de sa part une collusion avec le cédant ou même simplement une imprudence grave, le transport devrait, quoique non signifié ni accepté, sortir, en ce qui le concerne, tout son effet ». (2)

Cette distinction de la simple connaissance et de la fraude, faite par la Cour de cassation, mérite d'ailleurs d'être approuvée. Elle est en parfaite harmonie avec les décisions relatives à la transcription ou à la publicité des privilèges et hypothèques et contribue à constituer, pour résoudre la question délicate de l'influence, que peut avoir la connaissance qu'ont les tiers d'un acte non publié, sur l'invalidité de cet acte résultant de l'absence de publicité, un système bien construit et solidement établi. En groupant ces décisions particulières de la jurisprudence, il sera facile pour le juriste, d'en constituer une doctrine générale, par voie de synthèse. On évitera

1. *De la cession et de la transmission des créances*, t. II, n° 349.

2. Aubry et Rau § 359 bis.

ainsi les inconvénients que présente l'existence de décisions contradictoires, sur des matières en corrélation étroite les unes avec les autres, décisions dictées uniquement par des considérations de fait et non par les principes du droit.

CHAPITRE II

FRAUDES DANS LES PROMESSES DE VENTE

Résumé. — 48. Nature juridique de la promesse de vente. — 49. Mauvaise foi du tiers acquéreur, la jurisprudence, critique. — 50. Solution rationnelle.

48. C'est un contrat fréquemment employé dans la pratique des affaires, que la convention par laquelle un propriétaire s'engage à vendre pour un prix et à des conditions déterminées, une chose que le stipulant ne consent pas encore à acheter. Le bénéficiaire de la promesse s'assure la possibilité de devenir propriétaire sans être engagé par un contrat de vente irrévocable, il peut donc, avant de prendre la décision d'acheter, attendre le résultat d'une entreprise, la réception des fonds nécessaires. Mais quelle est la force de cette promesse, le promettant peut-il postérieurement passer des actes frauduleux rendant son obligation irréalisable ? C'est là une question d'une importance pratique considérable : de la solution, qui sera donnée, dépendra la garantie du bénéficiaire.

Par la promesse de vente, le propriétaire s'est engagé à transférer le droit de propriété au stipulant, du moins pendant le délai durant lequel ce dernier a la faculté d'user de son droit. Si donc il est demeuré propriétaire, l'exécution du contrat se fera sans difficulté. Il est vrai que dans notre ancien droit, on

discutait beaucoup sur l'hypothèse où le promettant refuserait de mettre sa promesse à exécution et de passer l'acte de vente quoique la chose promise fut demeurée en sa possession. Tenu d'une obligation de faire, ne devait-il pas seulement être condamné à des dommages et intérêts en cas d'inexécution ? Mais le Code civil a définitivement tranché cette controverse en faveur du bénéficiaire de la promesse en décidant que « la promesse de vente vaut vente » (art. 1589) et que le transfert de la propriété s'opère par le seul consentement de l'acheteur de devenir acquéreur, notifié au propriétaire qui est censé n'avoir pu retirer son adhésion.

Que dire, au contraire, lorsque le promettant a vendu la chose, qui fait l'objet de la promesse, à un tiers ? Le stipulant se trouve dès lors en conflit non seulement avec le promettant mais aussi avec l'acquéreur. Celui-ci peut-il être évincé ?

Il faudrait répondre certainement par l'affirmative si la promesse de vente était considérée comme conférant à celui qui en est bénéficiaire un droit réel analogue à une servitude. Il suffirait dès lors que le contrat soit transcrit pour être opposable aux tiers acquéreurs. Mais aujourd'hui on admet à peu près sans controverse que la promesse de vente fait naître simplement une obligation personnelle, et qu'elle ne produit d'effet qu'entre les parties et n'est pas opposable aux tiers. La jurisprudence est invariablement en ce sens : le tribunal de Boulogne-sur-Mer, dans un jugement du 15 avril 1897, décide que : « le seul droit qui appartient au bénéficiaire, du jour de la promesse au jour de l'acceptation, est un droit personnel et de créance, non opposable aux tiers ». Il en est de même d'un contrat analogue, le contrat de préférence ou de préemption, par lequel

le propriétaire d'un immeuble s'engage, au cas où il se déciderait à vendre cet immeuble et où il trouverait un acquéreur à certaines conditions, à donner la préférence à un tiers déterminé si celui-ci désire devenir lui-même acquéreur aux mêmes conditions. La Cour d'appel de Toulouse, par arrêt en date du 17 mai 1880 (1) a jugé que le pacte de préférence ne crée pas un droit réel, « qu'elle laisse le détenteur du bien maître absolu de le conserver à perpétuité, même d'en disposer à titre gratuit, si cela lui convient, qu'elle ne lui impose qu'un fait, contracter avec tel individu de préférence à tout autre, s'il se décide à vendre, et ne lui impose par suite qu'une obligation de faire, ayant un caractère exclusivement personnel, et ne pouvant donner ouverture contre le promettant qu'à l'action en dommages-intérêts autorisée par l'article 1382 du Code civil. » Donc la promesse de vente ou le pacte de préemption ne sont pas des contrats constitutifs de droits réels, ce sont uniquement des engagements personnels du promettant, qui devient débiteur d'une obligation de faire et qui doit être condamné à des dommages-intérêts, en vertu de l'article 1147 (et non 1382, comme le prétend la Cour de Toulouse, cet article ne s'occupant que de la responsabilité délictuelle et non contractuelle) à raison de l'inexécution d'une obligation, « toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part ».

49. Que cette solution s'applique toujours lorsque le tiers acquéreur a été de bonne foi, rien de plus juste, puisque les deux adversaires sont égale-

1. Dalloz. 81. 2. 220.

ment dignes d'intérêt et de protection ; celui qui est titulaire d'un droit réel, l'emportera nécessairement sur celui qui ne possède qu'un droit personnel. Mais cette solution doit-elle être également admise au cas où le tiers acquéreur a eu connaissance de la promesse ? C'est là un point plus douteux, car le tiers qui a traité en connaissance de cause l'a fait à ses risques et périls et n'a guère besoin de la protection de la loi.

La jurisprudence sur la matière est très incertaine ; les arrêts sont contradictoires et souvent motivés d'une façon tout à fait insuffisante. Le 17 août 1848, la Cour d'appel de Bordeaux (1) admet que la promesse de vente, quoique simple contrat non constitutif de droit réel, est opposable aux tiers acquéreurs lorsque ceux-ci ont connu la promesse : « Attendu, dit la Cour, qu'il est prouvé, par les déclarations de plusieurs témoins de l'enquête, que l'épouse Puybonnieux a en effet connu, dès le moment de sa passation, l'acte du 27 juin 1843, qu'il est donc évident qu'elle n'a pas été de bonne foi en acceptant de son mari, à titre de dation en paiement, par l'acte du 8 février 1845, les mêmes immeubles qu'elle savait que son mari avait antérieurement promis de vendre à Mènesplier Lagrange. »

Au contraire un arrêt de la Cour de Toulouse du 17 mai 1880 (2) refuse d'admettre que le pacte de préférence soit opposable aux tiers, alors même que, ce qui existait en l'espèce soumise à la Cour, ces tiers auraient eu connaissance du pacte. Cette jurisprudence semble cependant abandonnée. Depuis lors plusieurs arrêts admettent que la promesse de vente est opposable aux tiers acquéreurs, qui ne

1. D. 49.2.46.

2. Déjà cité.

peuvent en prétendre ignorance et qui ne sont pas de bonne foi. Le 6 juillet 1883 (1), la Cour de Lyon annule une vente faite au mépris d'une promesse de vente : la discussion a été placée à tort sur le terrain de l'interprétation de la loi du 23 mars 1855, qui aurait dû être hors de cause, la promesse de vente n'étant pas soumise à la formalité de la transcription. De plus la Cour semble exiger, pour que la promesse soit opposable aux tiers, non seulement que les tiers en aient eu connaissance par une voie quelconque, mais que cette connaissance ait été acquise par une déclaration du promettant, qui, par exemple, l'a mentionné dans le contrat de vente : « Autre chose, dit l'arrêt, qui assimile ainsi la vente faite au mépris d'une promesse de vente à la vente faite au mépris d'une première vente non transcrite, autre chose est une connaissance quelconque, pour employer l'expression des jurisconsultes, qu'aurait le second acheteur de la première vente, autre chose la connaissance que lui en aurait donnée le vendeur lui-même. »

La Cour de cassation a été appelée à statuer sur cette question le 15 avril 1902 (2). Les dames Lamy de la Chapelle avaient donné à bail un immeuble à un sieur Jouhand, avec pacte de préférence pendant la durée du bail. Le sieur Jouhand cède à Teyssèdre le droit que lui procure le dit pacte. Pendant le délai fixé pour sa validité, les dames de la Chapelle vendent l'immeuble à la Société des Grands Bazaars, sans communiquer le projet de vente à Teyssèdre, cessionnaire du droit de préférence. Ce dernier demande la nullité de la vente conclue au mépris de

1. D. 85. 2. 259.

2. Chambre des Requêtes, 15 avril 1902. D. 1903. 1. 38.

ses droits. Le Tribunal de Limoges, puis la Cour (1) accueillent favorablement sa demande, appuyant cette décision sur deux motifs : la connaissance que la Société des Grands Bazar^s a eu de la promesse de vente, l'engagement qu'elle a pris de respecter le bail et d'en exécuter les clauses. Un pourvoi amène le débat devant la Cour de cassation : celle-ci confirme l'arrêt de la Cour d'appel de Limoges, mais il résulte des termes de l'arrêt que, pour la Chambre des Requêtes, la connaissance que le tiers acquéreur peut avoir d'une promesse de vente suffit à le rendre irrecevable à invoquer son acte d'acquisition et l'effet relatif des conventions. L'argument tiré de l'engagement qu'a pris l'acheteur d'exécuter les obligations auxquelles est tenu le vendeur en vertu du bail, est à peu près passé sous silence. « Attendu, dit la Cour, qu'il est constaté en fait par l'arrêt attaqué, que la Société des Bazar^s a certainement connu les conventions intervenues entre les dames de la Chapelle et Jouhand, ainsi que l'intention de Teyssèdre de devenir cessionnaire et d'acquérir les immeubles dont il s'agit ; attendu qu'en estimant d'une part, dans ces circonstances de fait souverainement appréciées par les juges du fond, que si le pacte de préférence ne confère qu'un droit personnel, comme constituant une promesse unilatérale de vente, le tiers acquéreur doit néanmoins être tenu de restituer la chose quand il a eu connaissance de ce pacte et de l'intention du bénéficiaire du dit pacte, d'en profiter, et par suite en annulant la vente litigieuse, la Cour d'appel n'a fait qu'appliquer les règles de la matière. »

Enfin le 14 avril 1906, un arrêt de la Cour d'appel

1. Limoges, 5 juin 1899. D. 1903. 2. 41.

de Nancy (1) met à néant un jugement du tribunal de Sedan qui a statué en sens contraire. Mais la Cour non seulement constate la connaissance que l'acquéreur a eue de la promesse de vente, mais encore relève la fraude de ce tiers, qui a acheté un immeuble principalement dans le but de nuire au bénéficiaire de la promesse de vente.

Il est impossible de tirer de cette jurisprudence une conclusion pratique. L'arrêt de Toulouse (17 mai 1880) est absolument inconciliable avec ceux de Bordeaux (17 août 1848), de Lyon (6 juillet 1883), de Nancy (4 avril 1906) et de la Cour de cassation (15 avril 1902), et surtout ces dernières décisions ne sont guère en harmonie avec les principes généraux du droit et les solutions adoptées par les tribunaux en matière de transcription et d'inscription hypothécaire. Il est regrettable que les Cours d'appel et la Cour de cassation ne se soient pas orienté vers une solution plus stable, basée sur des principes juridiques, au lieu de donner des décisions éparses, inconciliables, dictées uniquement par des considérations pratiques.

50. Pour résoudre la question de la fraude dans les promesses de vente, il faut, tout d'abord, ne pas oublier que la promesse de vente est un simple contrat qui ne fait naître que des obligations personnelles. C'est un point définitivement acquis après l'arrêt de la Cour d'appel de Toulouse du 27 mai 1880 et le jugement du Tribunal de Boulogne du 15 avril 1897. N'étant qu'un contrat, la promesse de vente doit être régie, comme toutes les autres conventions, par l'article 1165 du Code civil : son caractère purement relatif ne peut être mis en doute. Or parmi les

1. Dalloz 1908. 2. 148.

tiers qui sont susceptibles d'invoquer ce caractère relatif, il faut assurément ranger au premier plan les acquéreurs à titre particulier. Donc le tiers, qui acquiert un immeuble au mépris d'une promesse de vente faite par le vendeur, doit pouvoir, étant ayant cause à titre particulier, invoquer l'effet purement relatif de la convention de promesse de vente. C'est exact, déclare la Chambre des Requêtes de la Cour de cassation, le 15 avril 1902, lorsque le tiers est de bonne foi ; mais ce n'est plus exact lorsqu'il a connu la promesse de vente et a acheté au mépris de cette promesse : la convention lui est alors opposable. On peut s'étonner à bon droit d'une telle solution. Quel texte la Cour de cassation peut-elle invoquer, en ce sens que les conventions produisent des effets à l'égard des tiers qui en ont connaissance. L'article 1165 est absolu dans ces termes : « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes : elles ne nuisent point au tiers et ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121. » Une telle solution serait une véritable révolution dans notre droit, et mettrait le droit de créance à peu près sur la même ligne que le droit réel. Il est impossible de l'admettre : la vérité est que les conventions n'ont d'effets qu'entre les parties, elles sont inopposables aux tiers, ceux-ci fussent-ils de mauvaise foi. Mais à ce principe, il existe des exceptions, qui sont en partie prévues par l'article 1165 : ce sont celles résultant des articles 1167 et 1121 peut-être même de l'article 1382 du Code civil.

Considérons donc comme certain que la convention de promesse de vente et le pacte de préférence ne produisent que des effets relatifs, limités aux parties, qu'en cas d'inexécution de la promesse, le droit du stipulant consiste uniquement à réclamer

des dommages-intérêts ; mais cependant si le promettant a conclu la vente frauduleuse à de mauvaises conditions, en sachant qu'il se rendait insolvable ou aggravait son insolvabilité, que par suite il se mettait dans l'impossibilité de payer à son créancier les dommages-intérêts auxquels celui-ci peut prétendre, il y aura alors lieu à l'application de l'article 1167 du Code civil, si du moins le tiers acquéreur connaissait l'insolvabilité de son vendeur et s'est rendu complice de la fraude. La complicité du tiers ne serait pas même exigée si le promettant avait consenti une donation de l'immeuble faisant l'objet de la promesse ; le stipulant devrait uniquement prouver l'impossibilité dans laquelle il se trouve d'obtenir des dommages-intérêts et la connaissance qu'avait son débiteur du mauvais état de ses affaires et du tort qu'il causait à ses créanciers en faisant une libéralité.

Au contraire le promettant est-il *in bonis*, le stipulant pourra demander des dommages-intérêts, en vertu de l'article 1147, au promettant qui s'est mis par son fait personnel dans l'impossibilité de remplir une obligation de faire. Il ne pourra pas agir contre le tiers acquéreur, même s'il offrait à prouver que celui-ci a eu connaissance de la promesse de vente au moment de son contrat d'acquisition. Il n'en serait autrement qu'autant que le tiers acquéreur aurait pris l'engagement dans son contrat de respecter la promesse de vente et de l'exécuter à la place du promettant. C'est une hypothèse très fréquente en pratique : le propriétaire d'un immeuble a consenti une promesse de vente à un tiers, pour un délai de cinq ans par exemple, mais postérieurement, pour des raisons diverses, il désire vendre l'immeuble, alors que le bénéficiaire de la promesse n'a pas encore manifesté

l'intention d'acheter et est encore dans les délais pour le faire, il s'adresse à un tiers qui veut devenir acquéreur de l'immeuble, lui fait connaître la promesse de vente, et lui consent la vente à la condition qu'il prenne l'engagement d'exécuter la promesse de vente dans le cas où le débiteur notifierait son intention d'acheter en temps utile. C'est l'hypothèse qui s'est présentée devant la Cour d'appel de Limoges (arrêt du 5 juin 1899) et la Cour d'appel de Nancy (arrêt du 4 avril 1906). Il est certain que la promesse de vente doit recevoir son exécution mais il ne sera pas nécessaire pour cela d'annuler la vente postérieure, les deux contrats seront exécutés successivement. Le promettant a pu valablement aliéner son immeuble, malgré la promesse de vente il a gardé son droit de propriété, il s'est simplement engagé à faire avoir au stipulant la propriété de l'immeuble au cas où il manifesterait le désir de l'acquérir à des conditions déterminées. Mais ses droits sur l'immeuble ne sont pas devenus inaliénables par suite de cet engagement ; il garde la libre disposition de son immeuble, et le bénéficiaire de la promesse de vente ne peut lui réclamer des dommages-intérêts que si, désirant acquérir, il ne pouvait se mettre en possession de l'immeuble. Pour éviter le paiement de ces dommages-intérêts, le promettant a pris, en vendant, certaines mesures de précaution pour mettre le stipulant en possession de l'immeuble ; il a fait prendre par l'acheteur l'engagement de respecter la promesse et de l'exécuter à sa place. Il y a une véritable stipulation pour autrui, et non, comme semble l'admettre la Cour d'appel de Nancy, une cession de dette ou une novation par changement de débiteur, qui ne serait valable qu'avec le consentement du créancier. S'il y avait

cession de dette, le premier débiteur serait complètement libéré, s'il y avait novation, il y aurait une nouvelle créance contre un nouveau débiteur, qui se serait substituée à la première ; dans les deux cas, le contrat aurait produit un effet libératoire au profit du promettant. Mais dans l'hypothèse examinée, il n'en est rien ; le promettant reste toujours tenu vis-à-vis du stipulant en vertu de son contrat, ce dernier peut encore, si la livraison de la chose lui est refusée, réclamer des dommages-intérêts ; mais en outre un nouveau contrat s'est formé par suite de la stipulation pour autrui, une nouvelle promesse de vente semblable à la première, le promettant étant le tiers acquéreur et le stipulant le vendeur ; ce dernier n'a pas stipulé pour son propre compte, il a stipulé pour son créancier, il n'a été que son gérant d'affaires. Lorsque le bénéficiaire de la promesse exprime le désir de devenir acquéreur, il ratifie par là-même la promesse de vente qui a été conclue à son profit, et par suite la situation sera semblable à celle qui existerait s'il avait directement contracté avec le tiers acquéreur. Il est bénéficiaire de deux promesses de vente et pourra, par suite, s'adresser à l'un ou à l'autre des promettants ; s'adressant au premier, celui avec qui il a traité, il ne pourra obtenir que des dommages-intérêts, au contraire s'adressant au tiers acquéreur, il pourra obtenir le droit de propriété, alors même que le promettant refuserait de conclure la vente, la remise de la chose pourra avoir lieu *manu militari*, par sa seule volonté le transfert de propriété s'est opéré car aux termes de l'article 1589 « la promesse de vente vaut vente ».

Il faut donc approuver la Cour d'appel de Limoges (1), lorsqu'elle décide que, quand il y a eu

1. Arrêt du 5 juin 1899, déjà cité.

engagement de respecter la promesse de vente, de la part d'un tiers acquéreur, ce dernier est tenu, comme le vendeur, de faire la délivrance au bénéficiaire de la promesse. Mais par contre, c'est à tort que la Cour, pour obtenir ce résultat, annule la vente faite par le promettant. Et *a fortiori*, il y a lieu de critiquer l'arrêt de la Cour d'appel de Nancy (1), qui annule une vente faite au mépris d'une promesse de vente, avant même que le bénéficiaire de la promesse ait la volonté d'acheter, alors même qu'il est prouvé qu'il a l'intention de ne jamais acheter, alors même que le tiers acquéreur s'engage à exécuter la promesse au cas où le stipulant voudrait en profiter. Quels sont donc les droits du bénéficiaire d'une promesse de vente : exiger à son profit le transfert du droit de propriété, au cas où il aurait la volonté d'acquiescer à certaines conditions. Mais tant qu'il ne manifeste pas sa volonté d'acquiescer aux conditions déterminées, il ne peut rien exiger, et lorsque le tiers acquéreur consent à exécuter la promesse de vente, et à lui livrer l'immeuble moyennant remise du prix fixé, on comprend difficilement que la vente faite après la promesse de vente puisse être considérée comme un acte dommageable pouvant motiver l'octroi de dommages-intérêts dont seront tenus solidairement le promettant et le tiers acquéreur. Sans doute le préjudice existait, car la vente était faite à un concurrent commercial, mais du moins le préjudice résultait d'un acte, qui n'avait rien d'illicite et de contraire aux droits acquis : or dans notre droit français, il faut encore, pour l'obtention de dommages-intérêts, qu'il y ait *damnum injuria datum*. Et il me paraît bien hardi d'accueillir la demande d'un contractant qui sollicite des dom-

1. Arrêt du 4 avril 1906, déjà cité.

mages intérêts en invoquant l'existence d'un contrat dont il ne prouve pas l'inexécution.

Validité de la vente conclue au mépris d'une promesse de vente, obligation pour le tiers acquéreur d'exécuter la promesse lorsque son vendeur a stipulé cet engagement, telles sont les solutions auxquelles on aboutit en appliquant rigoureusement les articles 1165 et 1121 de notre Code civil. Cependant la vente pourra être annulée si elle a rendu le promettant insolvable, en vertu de l'article 1167, peut-être également en vertu de l'article 1382, si l'acquéreur a agi de telle sorte que, par des manœuvres frauduleuses, il a mis le bénéficiaire de la promesse dans l'impossibilité d'obtenir satisfaction, s'il a mis en œuvre des moyens fallacieux pour obtenir à son profit la vente. Et ce serait à bon droit qu'un tribunal annulerait une vente faite, au mépris d'une promesse de vente, à un concurrent commercial du stipulant, à un industriel qui n'a acquis une usine ou des terrains que pour rendre impossible l'extension d'une autre usine similaire et qui, pour obtenir ce résultat, n'a pas hésité, malgré la connaissance qu'il avait de la promesse de vente, à proposer le marché au promettant, et à le persuader grâce à ses sollicitations pressantes et à ses offres élevées, à traiter.

Il y a là véritablement usage abusif d'un droit, et il en doit réparation. Et c'est même cette idée de la réparation directe du préjudice causé qui a influencé le plus la Cour d'appel de Nancy, qui constate que « l'anéantissement de l'acte est le moyen le plus direct et le plus efficace de supprimer la situation préjudiciable que cet acte a créé, et d'empêcher qu'il perpétue par son maintien les effets fâcheux dont il a été la cause », oubliant que, dans l'espèce qui lui était soumise, le tiers acquéreur consentait à

exécuter la promesse de vente. Cette application de l'article 1382 sera assez rare. Tout d'abord il faudra que le stipulant prouve en premier lieu le préjudice qui lui est causé, et ce préjudice ne pourra être prouvé qu'au cas où il a l'intention d'acheter et qu'il n'a aucun moyen de se faire mettre en possession, ni grâce à l'article 1167, ni grâce à l'article 1121, et en second lieu, il faudra qu'il apporte la preuve que le préjudice qu'il subit résulte des manœuvres frauduleuses du tiers acquéreur, la preuve de la simple connaissance que ce dernier a pu avoir de la promesse serait insuffisante (1).

1. De la situation du bénéficiaire d'une promesse de vente, on pourrait rapprocher la situation du locataire d'immeubles qui, lui aussi, n'est titulaire que d'un droit de créance. Je n'ai pas cru devoir examiner les fraudes dont il peut être victime, le Code civil ayant, au moyen de dispositions très précises, évité celle qui aurait pu être la plus dangereuse, la vente de l'immeuble postérieurement au bail. L'article 1743, en mettant à la charge de l'acheteur l'exécution du bail en cours, met le locataire à l'abri des risques d'expulsion. L'application de cet article ne présente guère de difficulté; l'étude de ce genre de fraude ne comporterait que l'examen de la question en droit romain et des limitations successives apportées au droit d'expulser les locataires primitivement accordé à l'acheteur d'un immeuble et ne présenterait par suite qu'un intérêt historique.

De nos jours, la seule fraude qui soit susceptible de se commettre contre un locataire est celle au moyen d'une seconde location. Problème fort controversé, en doctrine et en jurisprudence, résolu tantôt d'après la date des deux baux, tantôt d'après la mise en possession effective, solution qui paraît préférable à raison du caractère purement personnel du droit du preneur, et qui peut être tempérée, au cas de mauvaise foi, par l'application de l'action paulienne, de l'action en responsabilité civile, et par la reconnaissance de l'engagement pris par le second locataire de respecter les baux antérieurs.

CONCLUSION

Je ne prétend pas avoir étudié successivement tous les transferts de droits sans en omettre. Je crois du moins avoir examiné la transmission d'une personne à une autre des principaux droits que reconnaît notre législation. Il a été possible de constater que la fraude peut avoir lieu dans tous les transports, et qu'il y a par suite, un intérêt de premier ordre à rechercher les moyens les plus propres à l'éviter. L'effort du législateur et des tribunaux dans cette voie a déjà conduit à des résultats pratiques importants.

L'œuvre du législateur a été à la fois préventive et répressive : préventive en reconnaissant le caractère absolu et opposable à tous du droit réel, en admettant le transfert, sans aucune formalité à l'égard des tiers, des meubles corporels, en imposant à l'acquéreur d'immeuble le respect des baux consentis par le vendeur. Répressive, en prononçant la nullité des contrats faits en fraude des droits des créanciers, en édictant des pénalités contre ceux qui commettent des actes frauduleux vis-à-vis des créanciers ayant hypothèque maritime ou de porteurs de warrants agricoles, en rangeant parmi les règles de notre droit positif, le principe le plus équitable de tous, que quiconque cause sans droit préjudice à autrui, en doit réparation.

On reproche parfois au législateur de n'avoir pas fait plus pour imposer le respect des droits acquis.

Mais c'est qu'il était de son devoir de réprimer non seulement la fraude, mais aussi le dol. Pour combattre le dol, il a été obligé de prendre toute une série de mesure appropriées : publicité des transmission des droits réels, ayant pour objet des immeubles, des navires, des fonds de commerce, publicité des cessions de créance, inopposabilité au tiers des conventions simplement créatrices d'obligations, assimilation de la possession au droit de propriété pour les meubles corporels. Et les praticiens de la fraude se sont emparés de ces règles et les ont détournés de leur but, ils s'en sont servi pour faire reconnaître la validité de leurs contrats frauduleux. Chose étrange : une règle tendant à réprimer la fraude favorise le dol, une règle tendant à réprimer le dol favorise la fraude. Toute répression trop énergique de l'un de ces deux dangers conduit donc à une injustice : *summum jus, summa injuria*. L'on se trouve, en effet, en face de deux catégories de tiers, tous ayant cause du fraudator : ceux qui sont titulaires de droits acquis, ceux qui contractent pour acquérir de nouveaux droits. Les premiers sont toujours dignes d'intérêt, les seconds méritent également d'être protégés lorsqu'ils sont de bonne foi. Toute mesure prise dans l'intérêt des premiers nuit aux seconds, toute faveur accordée aux seconds cause préjudice aux premiers. C'est dans la conciliation de ces droits opposés que réside la difficulté.

Il est certain que le législateur français a plus fait pour la protection de ceux qui acquièrent que de ceux qui ont acquis. Les mesures prises à l'égard de ces derniers ne sont guère que des mesures particulières, les grands principes de notre droit moderne leur sont peu favorables : le caractère purement relatif des conventions qu'ils ont conclues, l'obligation

qui leur est imposée par les lois récentes de publier les actes qui leur confèrent des droits opposables aux tiers, les exposent de plus en plus à la fraude. Et l'on peut se demander à bon droit si le législateur français n'aurait pas bien fait de prendre quelques dispositions de faveur à leur égard. Plusieurs législateurs étrangers sont entrés dans cette voie : tout en adoptant des mesures de publicité, analogues à celles qui sont en usage dans notre pays, en vue de prévenir ceux qui veulent contracter, ils exceptent souvent de ceux qui ont droit à invoquer l'absence de publicité, ceux qui sont de mauvaise foi : c'est ainsi que la loi belge du 16 décembre 1851 sur la révision du régime hypothécaire dispose dans son article 1^{er} : « que les actes translatifs de droits réels immobiliers, jusqu'à ce qu'ils soient transcrits ne pourront être opposés au tiers qui auraient contracté *sans fraude* » et l'article 419 des statuts révisés des Etats-Unis d'Amérique décide que toute personne aura le droit d'invoquer le défaut d'inscription de l'acte de vente d'un navire au bureau du receveur des douanes, à l'exception cependant « du vendeur, de ses héritiers ou ayant droit *ou des personnes en ayant connaissance* ». De semblables dispositions restrictives ne se trouvent pas dans nos lois françaises. Beaucoup trouvent qu'il y a là une lacune : on réclame l'addition, dans nos lois relatives à la publicité de mutations, d'exceptions pour les individus de mauvaise foi, la suppression pure et simple de l'article 1690 du Code civil, l'octroi de délais pour la publicité des contrats qui doivent être publiées, publicité qui, faite à temps utile, aurait un effet rétroactif, l'attribution aux bénéficiaires de promesses de vente et aux locataires d'immeubles, de droits réels.

Sans doute ces réformes seraient de nature à protéger très efficacement ceux qui ont acquis des droits et à rendre la conclusion d'actes frauduleux très difficile, sinon impossible. Mais cependant la plupart de ces réformes perdent une grande partie de leur utilité par suite de l'œuvre de la jurisprudence. Si, dans la première moitié du *xix^e* siècle, nos tribunaux ont interprété les textes d'une façon un peu rigide, leurs décisions sont devenues, depuis 1850, beaucoup plus souples, plus hardies, je dirais même plus prétoriennes. Et le nombre imposant de jugements ou d'arrêts, où les magistrats n'ont pas hésité à écarter l'application d'un texte pouvant conduire à des conséquences injustes pour faire triompher l'équité, montre qu'ils sont désormais bien éloignés de leur timidité d'autrefois.

Certes cette lutte contre la fraude doit être encouragée : il eut été regrettable que les individus qui ont agi par ruse, qui ont employé la fourberie et la tromperie dans les contrats, aient obtenu l'appui de décisions judiciaires au détriment des honnêtes gens. La jurisprudence a fait œuvre utile en accordant sa protection aux victimes, en repoussant les prétentions des auteurs de la fraude, et cette œuvre était d'autant plus difficile à accomplir que ces derniers se servaient comme armes d'un texte de loi.

On peut cependant lui faire bien des reproches. Pour atteindre le but qu'elle se proposait, elle a souvent perdu de vue l'application des textes, et ses décisions sont souvent difficilement explicables juridiquement. Ceux qui les ont étudiées et commentées y ont vu, les uns, une application de l'action paulienne, les autres, une application de l'article 1382 du Code civil. Mais ces deux explications sont souvent insuffisantes. La plupart des arrêts d'ail-

leurs n'indiquent pas d'une manière expresse s'ils se rattachent à l'article 1167 ou à l'article 1382, et à vrai dire, cette question n'a probablement pas été envisagée dans la plupart des cas, par les magistrats qui les ont rendus. Les juges ont recherché avec soin si, en fait, il y avait eu fraude, et après constatation de la fraude, ont annulé le contrat frauduleux, sans s'astreindre à rechercher en raison de quelle règle juridique, en exécution de quel texte de loi, il était annulable. « La fraude fait exception à toutes les règles », répètent-ils maintes fois dans leurs arrêts. Ce n'est là que la traduction française de l'adage *fraus omnia corrumpit* qui n'a aucune valeur légale. L'emploi d'une pareille formule cache véritablement un défaut de motifs et il est très regrettable que la Cour de cassation ne l'ait pas constaté et se soit même associée aux tribunaux de première instance et aux Cours d'appel pour faire triompher l'emploi de cette formule, qui n'étant inscrite nulle part, n'est soumise à aucune règle. La validité des contrats se trouve ainsi appréciée souverainement par le juge, selon sa conscience. Est-ce là un progrès? La justice ne redevient-elle pas ce qu'elle était dans les sociétés primitives, où les différends étaient soumis à l'appréciation d'honnêtes hommes, simples citoyens dont on exigeait simplement un peu de bon sens, et qui n'étaient liés pour leurs décisions par aucune règle bien établie? Si pareille pratique subsistait et se généralisait, on pourrait sans grand risque fermer les Facultés de Droit et inviter les candidats à la magistrature à suivre des cours de philosophie et de morale.

Fallait-il donc, pour respecter la loi, rendre des décisions injustes, contraires à la plus stricte équité? Nullement. Le droit et la morale peuvent facilement

être conciliés. Nous avons dans notre Code civil, des règles générales qui permettent d'assurer la bonne foi dans toutes les transactions, ces règles sont intangibles, des règles particulières n'y peuvent déroger. Des lois sur la transcription, sur l'inscription des hypothèques peuvent être promulguées, sans que pour cela, les articles 1167, 1382 et 1321 cessent de s'appliquer en matière de mutations immobilières ou de constitutions d'hypothèques. Mais ce n'est pas au moyen d'une action unique que l'on peut atteindre la fraude. Dans chaque espèce, il faut rechercher la règle qui doit s'appliquer, cette règle variera d'un cas à un autre ; à défaut d'un système unique, qui puisse être construit par voie de synthèse, il ne faut pas craindre cette variété, puisque du moins les solutions qui seront adoptées auront le grand mérite d'être légales et d'être basées uniquement sur les textes du Code civil et non pas seulement sur des motifs de justice. La loi pourra être appliquée sans que l'équité soit compromise. C'est ce que je me suis efforcé de démontrer. Je serais heureux d'y avoir réussi.

Peut-être, j'en conviens, dans quelques cas spéciaux, l'idée de justice ne sera pas pleinement respectée, un contrat frauduleux rendra illusoire un engagement antérieur, les cas d'ailleurs seront rares ; mais s'ils se présentaient, ce ne serait pas un motif suffisant pour aller à l'encontre de la loi, pour prendre une décision plus équitable que celle que la loi commande. Toute règle juridique conduit nécessairement, dans certaines de ces conséquences, à des résultats peu désirables ; malgré cela, le juge devra l'appliquer, autrement il se ferait législateur. Qu'importe, dira-t-on, puisque c'est en vue d'une meilleure justice ! Mais on n'aperçoit pas les multiples inconvénients

de cet abus de pouvoir : l'incertitude dans les transactions, l'absence de règles qui, strictement suivies, assurent la sécurité, la différence des solutions adoptées par les tribunaux pour l'interprétation des contrats, la contradiction dans la détermination des conditions exigées pour leur validité, en un mot toutes les conséquences de l'arbitraire du juge, arbitraire dont, malgré l'intégrité, l'impartialité et la bonne volonté des magistrats, je le crains, les premiers à profiter ne seraient pas les plus honnêtes.

Le devoir du législateur, dans l'établissement des principes fondamentaux de tout droit positif, est de s'inspirer principalement de l'équité, de ne point déroger à ces règles générales par les règles particulières que peut lui suggérer l'idée d'utilité. Le juge en faisant une habile application des unes et des autres trouvera aisément une solution à la fois juste et juridique. Ainsi se trouvera réalisé le but que proposait Pascal dans ses *Pensées* : « mettre ensemble la justice et la force, et pour cela faire en sorte que ce qui est juste soit fort, et que ce qui est fort soit juste ».

Vu : le président de la thèse,
G. RIPERT

Vu : le Doyen,
LARNAUDE

Vu et permis d'imprimer
Le Recteur de l'Académie de Paris,
P. APPELL

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.	7

PREMIÈRE PARTIE

FRAUDE CONTRE LES ACQUÉREURS DU DROIT DE PROPRIÉTÉ

CHAPITRE PREMIER. — <i>Fraude dans les aliénations de meubles corporels.</i>	33
§ 1. — Fraude contre l'acheteur d'un meuble corporel au moyen d'une seconde vente.	34
1. L'hypothèse. — 2. Comment s'opère en droit français le transfert de la propriété à la suite d'un contrat. — 3. Conflit entre deux acquéreurs successifs d'un même meuble corporel, l'article 1141 du Code civil. — 4. Explication d'après la doctrine du transfert des meubles par la tradition. — 5. Révocation de la seconde vente consentie à un acheteur de mauvaise foi en vertu de l'article 1167 du Code civil. — 6. {Réfutation. — 7. Responsabilité du tiers complice de la fraude du vendeur et réparation en nature du préjudice causé. — 8. Réfutation. — 9. Explication d'après la doctrine du transfert des meubles corporels par la simple convention. — 10. La répression de la fraude d'après cette dernière doctrine, la règle générale. — 11. L'exception, ses limites. — 12. Motifs qui ont fait admettre cette exception.}	
§ 2. — Fraude contre l'acheteur d'un meuble corporel au moyen d'une donation.	65
13. Conflit entre un acheteur et un donataire, solution à adopter. — 14. Conséquence contraire déduite de l'explication de l'article 1141 par l'action paulienne.	
§ 3. — Fraude contre un acheteur de meubles corporels au moyen d'une mise en gage	67
15. Extension de l'article 1141 au créancier gagiste. — 16. Remarque générale.	

CHAPITRE II. — <i>Fraude dans les aliénations d'immeubles.</i> .	69
§ 1. — Fraude contre un acheteur ou un donataire au moyen d'une seconde aliénation de l'immeuble à titre gratuit ou à titre onéreux.	69
17. Le problème. — 18. Solution admise dans notre ancien droit. — 19. La jurisprudence sous l'empire de la loi du 11 brumaire de l'an VII. — 20. Le Code civil, l'article 1071. — 21. La jurisprudence de 1804 à 1856. — 22. La jurisprudence depuis 1856. — 23. Explication de la jurisprudence au moyen de l'article 1167. — 24. Réfutation de cette doctrine. — 25. Explication de la jurisprudence au moyen de l'article 1382 du Code civil. — 26. Appréciation de la jurisprudence, les différentes doctrines qui la combattent.	
§ 2. — Fraude au moyen d'une constitution de servitude, d'usufruit, d'antichrèse, d'un bail emphytéotique ou à long terme, d'une hypothèque (27).	127
§ 3. — Fraude contre l'acquéreur d'un droit démembré du droit de propriété (28).	129

DEUXIÈME PARTIE

FRAUDE CONTRE LES CRÉANCIERS MUNIS D'UNE SURETÉ RÉELLE

CHAPITRE PREMIER. — <i>Fraude contre les créanciers hypothécaires.</i>	135
§ 1. — Fraude contre les créanciers hypothécaires au moyen de l'aliénation de l'immeuble hypothéqué. .	137
29. Conflit entre un créancier hypothécaire et un acquéreur de l'immeuble. Notre ancien droit. Système de la loi du 11 brumaire de l'an VII. Système du Code civil. Système du Code de procédure civile. Système actuel. — 30. Différents moyens de protéger l'hypothèque, non inscrite contre une aliénation frauduleuse. — 31. Fraude au moyen d'une aliénation de meubles réputés immeubles par destination.	
§ 2. — Fraude contre les créanciers hypothécaires, au moyen d'une nouvelle constitution d'hypothèque. .	157
32. Fraude au moyen de la subrogation consentie par le débiteur, l'article 1456 du Code civil. — 33. Conflit entre deux créanciers hypothécaires, le système actuel. — 34. Solution en cas de fraude.	
§ 3. — Fraude contre les créanciers hypothécaires au moyen d'une aliénation suivie de purge.	169

35. Comment la fraude au moyen d'une aliénation suivie de purge est-elle possible. — 36. Doit-elle être réprimée? Doctrine admettant la solution négative. — 37. La doctrine contraire, solution qui doit être admise. — 38. La jurisprudence.	
CHAPITRE II. — <i>Fraude contre les créanciers gagistes.</i>	181
§ 1. — Fraude contre les créanciers gagistes au moyen d'une aliénation.	181
39. Créanciers gagistes ordinaires. — 40. Bailleurs d'immeubles.	
§ 2. — Fraude contre les créanciers gagistes au moyen d'une nouvelle constitution de gage.	189
41. Conflit entre deux gagistes. — 42. Conflit entre le bailleur d'immeuble et le porteur d'un warrant agricole. — 43. Conflit entre le bailleur d'un fonds de commerce et le créancier qui a obtenu un nantissement sur le même fonds, conformément à la loi du 17 mars 1909.	

TROISIÈME PARTIE

FRAUDE CONTRE LES ACQUÉREURS DE DROITS DE CRÉANCE

CHAPITRE PREMIER. — <i>Fraude dans les cessions de créances.</i>	197
44. — Le problème de la fraude dans les cessions de créances. — 45. De la mauvaise foi des personnes qui peuvent opposer l'absence de signification. — 46. Du débiteur cédé. — 47. D'un tiers quelconque, second cessionnaire ou créancier du cédant.	
CHAPITRE II. — <i>Fraude dans les promesses de vente.</i>	221
48. — Nature juridique de la promesse de vente. — 49. Mauvaise foi du tiers acquéreur, la jurisprudence, critique. — 60. Solution rationnelle.	
CONCLUSION.	235

